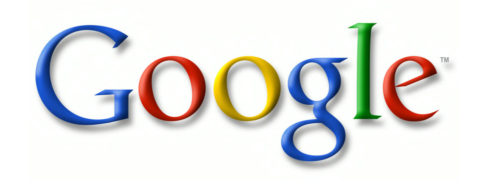




C. R. Westropp
1866.

ŒUVRES

DE

POTHIER.

VI

ŒUVRES

DE

POTHIER.

VI

PARIS. TYPOGRAPHIE DE HENRI PLON, IMPRIMEUR DE L'EMPEREUR, RUE GARANCIÈRE, 8.

Pothier, Robert Joseph, 16..-1772.

ŒUVRES

DE

POTHIER

ANNOTÉES ET MISES EN CORRÉLATION

AVEC LE CODE CIVIL ET LA LÉGISLATION ACTUELLE

PAR M. BUGNET

PROFESSEUR DE CODE CIVIL A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS
CHEVALIER DE LA LÉGION D'HONNEUR.

Deuxième Édition, conforme à la première.

TOME SIXIÈME.

TRAITÉS DU CONTRAT DE MARIAGE, DOUAIRE,
DROIT D'HABITATION,
GARDE NOBLE ET BOURGEOISE,
PRÉCIPUT LÉGAL DES NOBLES.

PARIS

COSSE ET MARCHAL
LIBRAIRES DE LA COUR DE CASSATION
PLACE DAUPHINE, 27.

HENRI PLON
IMPRIMEUR DE L'EMPEREUR
RUE GARANCIÈRE, 8.

1861

TRAITÉ

DU

CONTRAT DE MARIAGE.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

1. Nous avons cru ne pouvoir mieux terminer notre *Traité des Obligations*, et des différents contrats et quasi-contrats d'où elles naissent, que par un *Traité du Contrat de Mariage*, ce contrat étant le plus excellent et le plus ancien de tous les contrats.

Il est le plus excellent, à ne le considérer même que dans l'ordre civil, parce que c'est celui qui intéresse le plus la société civile.

Il est le plus ancien, car c'est le premier contrat qui ait été fait entre les hommes. Aussitôt que Dieu eut formé Eve d'une des côtes d'Adam, et qu'il la lui eut présentée, nos deux premiers parents firent ensemble un contrat de mariage ; Adam prit Eve pour son épouse, en lui disant : *Hoc nunc os ex ossibus meis, et caro de carne meâ.... et erunt duo in carne unâ :* et Eve prit réciproquement Adam pour son époux.

2. Le terme du *contrat de mariage* est équivoque : il est pris dans ce Traité pour le *mariage* même : ailleurs il est pris dans un autre sens, pour l'*acte* qui contient les conventions particulières que font entre elles les personnes qui contractent mariage [1].

Nous verrons dans ce Traité du Contrat de Mariage, pris dans le premier sens.

1° Ce que c'est que le contrat de mariage ; ses différentes espèces chez les Romains, et par quelles lois il se régit;

2° Quelles sont les choses qui précèdent le contrat de mariage;

3° Quelles sont les personnes entre lesquelles il peut ou ne peut pas être valablement contracté;

4° Comment se contracte le mariage, et ce qui doit s'observer dans sa célébration.

5° Nous traiterons des effets du mariage, et de certains mariages qui, quoique valablement contractés, sont néanmoins privés des effets civils;

---

[1] C'est ainsi que les rédacteurs du Code civil ont, dans le premier livre, tit. 5, traité *du mariage*, c'est-à-dire du contrat qui unit les époux, et dans le livre troisième, tit. 5, ils ont exposé les règles *du contrat de mariage* quant aux biens et aux droits respectifs des époux. Il est facile de voir que l'un tient à l'état des personnes, et l'autre aux intérêts pécuniaires.

6° De la cassation des mariages, de la dissolution, soit quant au lien, soit quant à l'habitation;

7° Des seconds mariages.

Nous ferons suivre ce Traité par des traités sur les conventions les plus ordinaires qui accompagnent le contrat de mariage dans les provinces régies par le droit coutumier, telles que sont la *communauté* et le *douaire;* et sur les droits qui naissent du mariage, tels que sont les droits de *puissance maritale* et de *puissance paternelle*.

PREMIÈRE PARTIE.

CE QUE C'EST QUE LE CONTRAT DE MARIAGE; QUELLES ÉTAIENT CHEZ LES ROMAINS LES DIFFÉRENTES ESPÈCES DE MARIAGES; ET PAR QUELLES LOIS LE MARIAGE EST RÉGI.

CHAPITRE PREMIER.

Ce que c'est que le contrat de mariage

3. On peut définir le *mariage*, un contrat revêtu des formes que les lois ont prescrites, par lequel un homme et une femme, habiles à faire ensemble ce contrat, s'engagent réciproquement l'un envers l'autre à demeurer toute leur vie ensemble dans l'union qui doit être entre un époux et une épouse.

Il suit de cette définition, qu'un mariage, où l'on n'aurait pas observé quelqu'une des formalités que les lois requièrent pour sa validité, ou qui aurait été contracté entre des personnes que les lois rendent inhabiles, n'est pas un véritable mariage : c'est ce que nous verrons en détail dans la suite de ce Traité.

4. L'union dans laquelle les parties, par le contrat de mariage, s'engagent mutuellement de vivre, est principalement l'union de leurs esprits et de leurs volontés. Le commerce charnel n'est point de l'essence du mariage ; celui de saint Joseph et de la sainte Vierge ne laissait pas d'être un véritable mariage, quoiqu'ils aient l'un et l'autre conservé toujours leur virginité.

C'est ce qu'enseigne saint Augustin dans son ouvrage *de Nupt. et Concup. lib.* 1, *cap.* 9, où il prouve, par l'exemple de saint Joseph et de la sainte Vierge, que, lorsqu'un mari et une femme s'accordent à garder la continence, leur mariage n'en est pas moins un véritable mariage : et le lien conjugal qui les unit, bien loin de rien perdre pour cela de sa force, n'en est au contraire que plus fort : *Quibus placuerit ex consensu ab usu carnalis concupiscentiæ in perpetuum continere, absit ut inter illos vinculum conjugale rumpatur : imò* FIRMIUS *erit, quò magis ea pacta secum inierint quæ cariùs concordiùsque servanda sunt, non voluptariis nexibus corporum, sed voluntariis affectibus animorum : neque enim fallaciter ab Angelo dictum est ad Joseph*, Noli timere accipere Mariam CONJUGEM tuam. *Conjux vocatur ex primâ fide desponsationis quam concubitu nec cognoverat, nec fuerat cogniturus; nec perierat, nec mendax manserat* CONJUGIS *appellati, ubi nec fuerat, nec futura erat carnis ulla commixtio, etc.*

Ce principe est reconnu même par les jurisconsultes païens. Ulpien, en la loi 30, ff. *de Leg. jur.*, dit : *Nuptias consensus, non concubitus facit*[1].

5. Quoique le commerce charnel ne soit pas de l'essence du mariage, et que l'homme et la femme puissent d'un commun consentement s'en abstenir, néanmoins le mariage donne à chacune des parties un droit sur le corps de l'autre, qui oblige chacune d'elles réciproquement d'accorder à l'autre ce commerce charnel, lorsqu'elle lui demande.

La raison de cette obligation est tirée des fins du mariage. La principale est la procréation des enfants, à laquelle il est évident qu'on ne peut parvenir sans ce commerce. Une autre fin du mariage, qui est d'y trouver un remède contre la trop grande difficulté que pourraient avoir les parties de garder la continence, renferme aussi cette obligation.

CHAPITRE II.

De différentes espèces de mariages.

§ I[er]. *Des différentes espèces de mariages que pouvaient contracter les citoyens Romains.*

6. Les citoyens romains pouvaient contracter deux différentes espèces de mariages : on appelait l'un *justæ nuptiæ*, et l'autre *concubinatus*. Celui qu'on appelait *justæ nuptiæ* était le mariage légitime qu'un homme contractait selon les lois avec une femme, pour l'avoir à titre de légitime épouse, *justa uxor* : ce mariage donnait aux enfants les droits de famille, et au père le droit de puissance paternelle sur eux.

7. L'autre espèce de mariage, qu'on appelait *concubinatus*, était aussi un véritable mariage; il était expressément permis par les lois : *Concubinatus per leges nomen assumpsit*; L. 3, § 1, ff. *de Concubin.* L'un et l'autre étaient *maris et fœminæ conjunctio individuam vitæ consuetudinem continens*[2]. Par ce mariage, de même que par le mariage légitime, l'homme et la femme contractaient ensemble une union qu'ils avaient intention de conserver toujours jusqu'à la mort de l'un des deux. Ce qui différenciait le *concubinatus* du mariage légitime, appelé *justæ nuptiæ*, c'est que, par ce mariage, l'homme ne prenait pas la femme avec qui il se mariait pour l'avoir à titre de légitime épouse, *justa uxor*; mais il la prenait pour l'avoir seulement à titre de femme et de concubine, Les enfants qui naissaient de ce mariage n'avaient pas les droits de famille, et le père n'avait pas sur eux le droit de puissance paternelle : il n'étaient pas *justi liberi*. Ils n'étaient pas néanmoins bâtards; on les

[1] Le texte d'Ulpien que cite Pothier ne prouve point ce qu'il vient d'examiner; il signifie seulement qu'il y a mariage avant la cohabitation, que c'est le consentement qui est l'élément essentiel du mariage; mais les Romains auraient peu compris un mariage aussi mystique que celui dont parle saint Augustin, et malgré l'exemple de saint Joseph, nous n'hésiterions pas à dire que la convention d'un mari et d'une femme de garder la continence ne serait point valable, et que le mariage ne pourrait être contracté dès le principe sous cette condition.

[2] Cette définition nous paraît convenir bien plus au mariage légitime qu'au concubinage, surtout si l'on traduit *individuam* (*vitæ consuetudinem*) par indivisible, ce qui signifie que la femme participe au rang et aux titres de son mari.

appelait *liberi naturales*, et non pas *nothi*, *spurii*, qui étaient les noms de ceux qui étaient nés *ex scorto*, et d'unions défendues.

8. Ce *concubinatus* avait été établi afin qu'un homme qui avait une inclination pour une femme de basse condition, et notée, que les lois et la bienséance ne lui eussent pas permis d'épouser pour l'avoir à titre de légitime épouse, pût satisfaire son inclination en se mariant avec elle pour l'avoir seulement pour concubine. Ainsi un sénateur pouvait prendre pour concubine une femme affranchie de l'esclavage, que les lois ne lui permettaient pas d'avoir pour légitime épouse.

Mais le mariage *concubinatus* n'était pas plus permis que le mariage légitime avec une femme avec qui les Romains pensaient que le droit naturel ne permettait pas de s'unir. Par exemple, si quelqu'un s'était marié à sa nièce, quoiqu'il ne l'eût pas prise à titre d'épouse légitime, mais seulement comme concubine, l'union était regardée comme incestueuse : *Etiam si concubinam quis habuerit sororis filiam, licèt libertinam, incestum committitur;* L. 56, ff. *de Ritu nupt.*

Par la même raison, on ne pouvait pas avoir pour concubine la femme d'un autre homme ; et un homme, pendant qu'il était marié, ne pouvait pas avoir une concubine[1].

Mais lorsqu'un homme qui n'était pas marié prenait pour concubine une femme avec qui le droit naturel ne lui défendait pas de s'unir, cette union qu'il contractait avec elle, était une union qui était permise, non-seulement par la loi civile, comme nous l'avons vu, mais qui l'était pareillement par l'Église; et qui, par conséquent, lorsqu'elle était contractée entre des fidèles, était élevée à la dignité de sacrement, comme l'est un mariage légitime.

C'est ce que nous apprenons du dix-septième canon du premier concile de Tolède, tenu l'an 400, où il est dit, cap. 17 : *Si quis habens uxorem fidelis, concubinam habeat, non communicet : cœterùm qui non habet uxorem, et pro uxore concubinam habet, à communione non repellatur, tantùm ut unius mulieris, aut uxoris, aut concubinæ, ut ei placuerit, sit conjonctione contentus.*

9. Il reste à savoir quand le mariage qu'un homme avait contracté avec une femme, devait être censé un mariage légitime, *justæ nuptiæ*, ou quand il ne devait passer que pour un *concubinatus*. Cela ne dépendait pas toujours de l'observation ou de l'inobservation des cérémonies usitées dans la célébration des mariages, ni de la confection ou du défaut de confection d'un acte de conventions matrimoniales; car un mariage pouvait être un mariage *justæ nuptiæ*, quoiqu'il eût été fait sans cet acte et sans ces cérémonies; L. 22, Cod. *de Nupt.*

Ce n'était que par la différente intention qu'avait eue l'homme, en se mariant, de prendre sa femme à titre d'épouse légitime, ou de la prendre seulement pour concubine, que le mariage était, ou mariage légitime, ou seulement *Concubinatus : Concubinam ex solâ animi destinatione æstimari oportet;* L. 4, ff. *de Concub. Concubina ab uxore solo delectu separatur;* Paul, *Sent. lib.* 2, t. 20, § 2.

Cette intention de prendre une femme pour l'avoir seulement pour concubine, ne se présumait qu'à l'égard des femmes d'un état vil, et notées.

C'est pourquoi Modestin dit : *In liberæ mulieris consuetudine non cubinatus, sed nuptiæ intelligendæ sunt, si non corpore quæstum*[2] *fecerit;* L. 24, ff. *de Rit. nupt.*

---

[1] Il y aurait eu adultère.

[2] Il n'était pas permis aux ingénus de contracter un mariage légitime avec des femmes qui avaient fait cette profession. *Ulp. in fragm. tit.* 13, § 20. (*Note de l'édition* de 1768.)

10. La distinction de cette double espèce de mariage, *justæ nuptiæ et concubinatus*, n'avait lieu qu'à l'égard des citoyens romains; les peuples des provinces soumises à la république romaine, qui n'avaient pas les droits de citoyens romains, n'étaient pas capables du mariage qu'on appelait *justæ nuptiæ*, lequel était propre aux seuls citoyens romains : ils n'étaient capables que d'une seule espèce de mariage qu'on appelait simplement *matrimonium*, lequel ne donnait pas au père, sur les enfants qui en naissaient, un droit de puissance paternelle, tel que l'avaient les citoyens romains, mais seulement tel que le donne au père le droit naturel.

Par la suite Antonin Caracalla accorda le nom et les droits de citoyens Romains à tous les sujets de l'empire; L. 17, ff. *de Stat. hom.*

§ II. *Cette double espèce de mariage est-elle encore en usage?*

Cette double espèce de mariage est encore en usage en Allemagne.

L'espèce de mariage que les Romains appelaient *concubinatus* y est encore pratiquée; c'est celle qu'on appelle mariage *ad morganiticam*, ou *mariage de la main gauche*.

Par cette espèce de mariage, un homme de qualité se marie à une femme de basse condition, qu'il prend pour être sa femme d'un ordre subalterne. Cette femme ne participe pas au rang et aux titres de son mari; et les enfants qui naissent de ce mariage ne succèdent ni aux titres, ni à l'hérédité de leur père : mais ils doivent se contenter, ainsi que leur mère, d'une certaine quantité de biens qui leur a été assignée par le contrat; V. le *Code Frédéric*, part. 1, liv. 2, tit. 3, art. 3.

Cette espèce de mariage n'a pas lieu en France. Nos lois ne permettent pas de se marier à une femme autrement que pour l'avoir à titre de légitime épouse, et le concubinage avec une femme qu'on n'a pas épousée en légitime mariage, est parmi nous une union défendue et criminelle[1]. Au reste, nous avons quelques mariages qui, quoique valablement contractés, n'ont pas les effets civils, dont nous traiterons *infrà*.

§ III. *Du mariage des esclaves.*

Les esclaves n'ayant aucun état civil, *Servi pro nullis habentur;* L. 32, ff. *de Reg. jur.*, quoique leur mariage fût valable par le droit naturel, pourvu qu'il eût été fait du consentement de leurs maîtres, et qu'ils n'eussent aucun empêchement, c'était un mariage destitué de tous les effets civils, et qui n'en avait d'autres que ceux qui naissent du droit naturel : on appelait ce mariage *contubernium*.

On doit dire la même chose du mariage que les négres, dans nos colonies, peuvent contracter avec le consentement de leurs maîtres.

On appelait *contubernium*, non-seulement le mariage qu'un homme et une femme esclaves contractaient ensemble; mais celui qu'un homme libre contractait avec une femme esclave, *aut vice versâ*, était pareillement appelé *contubernium;* c'est pourquoi Paul, *Sent.*, liv. 2, tit. 19, § 3, dit : *Inter servos et liberos matrimonium contrahi non potest, contubernium potest.* Il n'était pas moins destitué des effets civils que celui qui était contracté par deux esclaves.

---

[1] Nos lois nouvelles n'admettent également qu'une seule espèce de mariage.

CHAPITRE III.

Par quelles lois se régit le contrat de mariage.

ART. Ier. — De l'autorité de la puissance séculière sur le mariage.

11. Le mariage que contractent les fidèles, étant un contrat que J. C. a élevé à la dignité de sacrement, pour être le type et l'image de son union avec son Eglise, il est tout à la fois et contrat civil, et sacrement[1].

Le mariage étant un contrat, appartient, de même que tous les autres contrats, à l'ordre politique ; et il est en conséquence, comme tous les autres contrats, sujet aux lois de la puissance séculière que Dieu a établie pour régler tout ce qui appartient au gouvernement et au bon ordre de la société civile. Le mariage étant celui de tous les contrats qui intéresse le plus le bon ordre de cette société, il est d'autant plus sujet aux lois de la puissance séculière que Dieu a établie pour le gouvernement de cette société.

Les princes séculiers ont donc le droit de faire des lois pour le mariage de leurs sujets, soit pour l'interdire à certaines personnes, soit pour régler les formalités qu'ils jugent à propos de faire observer pour le contracter valablement.

12. Les mariages que les personnes sujettes à ces lois, contractent contre leur disposition, lorsqu'elles portent la peine de nullité, sont entièrement nuls, suivant la règle commune à tous les contrats, que tout contrat est nul lorsqu'il est fait contre la disposition des lois ; *Nullum contractum, nullum conventum, lege contrahere prohibente.*

Il n'y a pas non plus, en ce cas, de sacrement de mariage ; car il ne peut y avoir de sacrement sans la chose qui en est la matière. Le contrat civil étant la matière du sacrement de mariage, il ne peut y avoir un sacrement de mariage lorsque le contrat civil est nul ; de même qu'il ne peut y avoir un sacrement de baptême sans l'eau qui en est la matière.

13. La puissance séculière a toujours joui de ce droit. C'est par la loi civile que chez les Romains le mariage des enfants de famille était nul, lorsqu'il était contracté sans le consentement de celui sous la puissance duquel ils étaient. C'est l'empereur Théodose qui a défendu, à peine de nullité, le mariage entre cousins germains, qui était permis avant cette loi. C'est Justinien qui a fait de l'alliance spirituelle un empêchement dirimant de mariage. Celui de la disparité du culte a été établi par les empereurs Valentinien, Valens, Théodose et Arcade, qui ont prohibé les mariages des chrétiens avec les juifs.

---

[1] Le mariage n'est plus considéré que comme un contrat civil : « Sous « l'ancien régime, disait Portalis, les « institutions civiles et les institutions « religieuses étaient intimement unies. « Les magistrats instruits reconnais- « saient qu'elles pouvaient être sépa- « rées ; ils avaient demandé que l'état « civil des hommes fût indépendant du « culte qu'ils professaient. Ce change- « ment rencontrait de grands obstacles. « Depuis, la liberté des cultes a été « proclamée ; il a été possible alors de « séculariser la législation. On a orga- « nisé cette grande idée, qu'il faut souf- « frir tout ce que la providence souf- « fre, et que la loi, qui ne peut forcer « les opinions religieuses des citoyens, « ne doit voir que des Français, comme « la nature ne voit que des hommes. »

D'après ces principes, c'est la loi civile seule qu'il faut consulter pour déterminer les causes de validité, de nullité et de dissolution du mariage.

L'Eglise n'a jamais regardé ces lois des empereurs sur les mariages, comme des entreprises de la puissance séculière sur la puissance ecclésiastique : bien loin de cela, nous avons plusieurs canons de conciles qui en recommandent l'observation, et qui prononcent des censures contre ceux qui ne les observent pas.

14. Cette doctrine s'est toujours enseignée dans les écoles de théologie et de droit ; le docteur Launoi, dans son grand traité *Regia in matrimonium potestas*, rapporte une foule d'autorités de théologiens de tous les pays et de toutes les écoles, qui l'enseignent.

Je renvoie au livre ceux qui sont curieux de les voir. Je me contente de rapporter ce qu'en dit Ambroise Catharin dans son traité *de clandestinis Matrimoniis*, imprimé à Rome avec privilége, en 1552 : *Quidquid non est contra legem Dei ac legem naturæ, credo principes posse circa matrimonium, tanquam circa suam et non alienam materiam suis legibus providere, et ità latam ab eis legem valuisse puto, quâ irritabantur matrimonia non consultis parentibus contracta.*

Le jésuite Sanchez, en son traité *de Matrimonio, lib. 7, disput. 3, n° 2*, reconnaît aussi ce droit des princes séculiers : *Absque dubio dicendum est* (dit-il) *posse principem secularem, ex genere et naturâ suæ potestatis, matrimonii impedimenta dirimentia fidelibus sibi subditis ex justâ causâ indicere.... Nec obstat* (ajoute Sanchez) *principis secularis potestati, matrimonium esse sacramentum, quia ejus materia contractus civilis : quâ ratione perindè potest ex justâ causâ illud irritare, ac si sacramentum non esset, reddendo personas inhabiles ad contrahendum, et sic invalidum contractum.*

C'est la doctrine qu'enseignait en Sorbonne, dans le siècle dernier, M. Hennequin, célèbre professeur de Sorbonne, suivant qu'il paraît par un extrait des cahiers de ce professeur, rapporté dans le traité *des Empêchements de mariage*, de M. Boileau, où ce professeur s'exprime ainsi : *Christus matrimonium instituendo sacramentum, nihil in illo ut contractu civili immutavit, sed tantùm illi, ut prærequisito fundamento necessario imposuit, trunco inseruit, principali annexuit, materiali affixit naturam et dignitatem sacramenti, ità ut matrimonium contractum civilem reliquerit hujusmodi post, cujusmodi erat ante suam institutionem et elevationem in sacramentum : ut ante elevationem subjiciebatur, ità et post suî elevationem, saltem priusquàm habeat sibi impositam naturam et dignitatem sacramenti, seu reverà sit inter baptizatos initum tanquam sacramentum, subjicitur potestati publicæ seculari prohibendum ac dirimendum, seu impediendum ne validè et licitè ineatur ; tùm quia propter omnimodùm humanæ superioritatis, jurisdictionis, inferioritatis, subjectionis ecclesiasticæ, spiritualis, et secularis corporalis diversitatem ac distinctionem.* Matthæi 22, 21 ; Roman. 13, v. 1, ad 8 ; I. Petri, v. 13, ad 18, et alibi. *Sæpiùs in scripturis inculcatam possunt principes Laïci, independenter ab auctoritate et approbatione principum ecclesiasticorum, pro varietate locorum, temporum, personarum in suo reipublicæ secularis regimine seculari connaturaliter et relativè ad suum finem et scopum ferre leges civiles id est ad pacem ac tranquillitatem et bonum reipublicæ pertinentes, quibus ut alios contractus civiles, ità matrimonium contractum civilem suorum subditorum inbaptizatorum et baptizatorum, quatenùs totius corporis et statûs civilis membrorum prohibeant et dirimant ; alioquin carerent potestate sufficiente, quâ bono suæ reipublicæ, et suorum subditorum communi et consentaneo prospicerent et consulerent.*

Nec obstat quòd baptizatorum matrimonium sit sacramentum, cùm etiam sit essentialiter contractus civilis, quâ parte est directè fori ac tribunalis politici, ut justâ ex causâ vetetur et irritetur ac si non esset sacramentum, reddendo personas inhabiles ad contrahendum, ideòque illegitimum et invalidum contractum, cùm tamen matrimonium sacramentum præsupponat, et præré-

quirat matrimonium contractum civilem legitimum ac validum tanquam suum fundamentum truncum, principale, materiale intrinsecum : et certè cùm ex omnium consensu principes politici matrimonium baptizatorum sacramentum quatenùs contractum civilem possunt impedire ne contrahatur licitè, adhibendo impedimenta prohibentia; etiam poterunt impedire ne contrahatur validè, sub pœnâ nullitatis adhibendo impedimenta dirimentia.

15. Quelque évidents que soient les principes sur lesquels est fondé le droit qu'a la puissance séculière d'établir par des lois des empêchements dirimants de mariages, sans qu'elle ait besoin pour cela du concours ni de l'approbation de l'autorité ecclésiastique, néanmoins Bellarmin, Basile Pons, et quelques autres auteurs qui voudraient concentrer dans le pape toute puissance, la spirituelle et la temporelle, ont attaqué dans leurs écrits le droit de la puissance séculière sur les mariages.

Leurs arguments sont des plus frivoles. Ils disent : Le mariage est un sacrement, et par conséquent quelque chose de spirituel; or la puissance séculière ne s'étend pas aux choses spirituelles : elle ne doit donc pas s'étendre aux mariages : c'est donc une entreprise de la puissance séculière sur la puissance spirituelle, lorsque les princes font des lois sur les mariages [1].

La réponse à cet argument est facile. Il y a deux choses dans le mariage; le contrat civil entre l'homme et la femme qui le contractent, et le sacrement qui est ajouté au contrat civil, et auquel le contrat civil sert de sujet et de matière.

Je conviens que le mariage, en tant qu'il est sacrement, est quelque chose de spirituel, et n'est point du ressort de la puissance séculière ; c'est pourquoi les princes ne peuvent pas faire des lois sur le mariage, en tant qu'il est sacrement. Ce serait, par exemple, de la part des princes, entreprendre sur les droits de la puissance spirituelle, s'ils voulaient décider par leurs lois, quel est le ministre du sacrement de mariage, quelles sont les dispositions qu'on doit apporter pour recevoir la grace attachée à ce sacrement, et en général s'ils voulaient régler ou décider par leurs lois quelque chose qui concernât le mariage comme sacrement.

Mais si le mariage est sacrement, et, sous ce respect, du ressort de la puissance ecclésiastique; il est aussi contrat civil; et comme contrat civil, il appartient à l'ordre politique, et il est en conséquence sujet aux lois de la puissance séculière. La qualité de sacrement qui survient à ce contrat, mais qui en suppose la préexistence, ne soustrait pas ce contrat aux droits qu'a la puissance séculière de régler les contrats, et tout ce qui est de l'ordre politique ; car J. C. en instituant les sacrements, et en publiant son Evangile, n'a pas entendu diminuer ni altérer en rien les droits de cette puissance séculière, qu'il a déclarée être établie de Dieu, et à laquelle il a voulu lui-même être soumis en tant qu'homme, pendant tout le temps qu'il a été sur la terre.

D'ailleurs la loi civile, en déclarant nul un contrat de mariage fait contre sa disposition, ne touche point au sacrement de mariage, puisque ce contrat de mariage qu'elle rend nul, n'est pas sacrement : elle empêche seulement, en le déclarant nul, qu'il ne puisse être la matière du sacrement de mariage. J. C. en élevant le contrat de mariage entre les fidèles à la dignité de sacrement,

[1] Cet argument ressemble fort à celui que les prêtres employaient jadis pour s'attribuer la connaissance de toutes les contestations, et s'arroger le droit de juger tous les procès : L'un des deux plaideurs, disaient-ils, a nécessairement tort, il soutient une injustice, il commet un péché; or, à nous seuls il appartient de connaître des péchés, donc c'est à nous seuls que compète le droit de juger. Plusieurs mandements de notre époque contiennent des raisonnements tout aussi concluants.

n'a entendu élever à cette dignité que les mariages légitimes : il n'y a qu'une union innocente et légitime, telle que celle qui est formée par un mariage légitime, qui soit propre à être le type et l'image de l'union de Jésus-Christ avec son église. Un mariage que la loi civile défend, et qu'elle déclare nul, ne peut passer que pour un commerce illégitime et criminel; et on ne peut prétendre sans une espèce d'impiété, que Jésus-Christ ait voulu élever à la dignité de sacrement un tel commerce, et en faire le type et l'image de son union avec l'église [1].

16. Les théologiens que nous combattons, disent, pour établir leur système, « qu'il y a deux sortes de contrats de mariage; l'un du *Droit des gens*, « qui est commun à tous les peuples; l'autre du *Droit civil,* lequel est propre « et particulier à chaque nation. » Jésus-Christ (ajoutent-ils), ayant voulu communiquer ses sacrements, non à un état particulier, mais à toutes les nations et à tous les royaumes, a choisi, pour élever à la dignité de sacrement, le contrat de mariage du droit des gens, qui est commun à toutes les nations, et non le contrat civil de quelque état particulier : d'où ces théologiens concluent qu'il suffit qu'un contrat de mariage ne contienne rien de contraire à ce que le droit naturel et des gens exige dans les mariages, quoiqu'on y ait contrevenu à ce qui est requis par la loi civile, pour qu'il soit un vrai mariage, et pour qu'il soit élevé à la dignité de sacrement; que la contravention à la loi civile peut bien priver ce mariage des effets civils, mais qu'elle ne peut en empêcher le lien.

Je réponds que ces théologiens ne s'expriment pas exactement lorsqu'ils disent qu'il y a deux sortes de mariages, l'un du droit des gens, l'autre du droit civil. On doit plutôt dire qu'il y a des choses qui sont requises pour la validité des mariages par le droit naturel et des gens, et d'autres qui sont requises par le droit civil de chaque nation; que celles qui sont requises par le droit naturel et des gens, sont requises partout, dans tous les lieux, et entre toutes sortes de personnes; au lieu que ce qui est requis par quelque loi civile n'est requis qu'entre les personnes qui, étant sujets de l'état où cette loi a été portée, sont soumises à son empire.

Mais c'est à tort que ces théologiens donnent le nom de *mariage du droit naturel* à un mariage qui ne contiendrait à la vérité rien de contraire à ce que requiert le droit naturel, mais dans lequel on aurait contrevenu à quelque loi civile, lorsque les parties qui l'ont contracté sont soumises à l'empire de cette loi : car Dieu, qui est l'auteur du droit naturel, ayant ordonné aux citoyens de chaque état l'obéissance aux lois civiles de l'état dont ils sont sujets, les parties qui contractent un mariage contre la disposition de quelque loi civile de l'état dont ils sont sujets, contreviennent non-seulement à cette loi civile, mais ils contreviennent aussi au droit naturel qui leur ordonnait l'obéissance à cette loi. C'est pourquoi ce mariage, que nos théologiens conviennent n'être pas un mariage civil, parce qu'il est contraire à la loi civile, n'est pas non plus un mariage du droit naturel, parce qu'il est pareillement contraire à ce que le droit naturel exigeait des parties, et ne peut par conséquent servir de matière au sacrement.

17. Nos adversaires, pour prouver que les mariages contractés contre la disposition de la loi civile ne laissent pas d'être valables quant au lien, et qu'ils

[1] On peut ajouter que ce fut sous l'empereur Léon VI que les papes obtinrent que la bénédiction nuptiale, qui n'était jusqu'alors qu'une formalité accessoire au contrat civil, serait à l'avenir indispensable. Dès ce moment le mariage passa du pouvoir civil au pouvoir ecclésiastique, et l'on commença à connaître les dispenses et les cassations de mariage, deux sources de la richesse et de la puissance de Rome moderne. V. *Const. imp. Leonis*, 89.

sont seulement privés des effets civils, allèguent un texte des sentences du jurisconsulte Paul, liv. 2, tit. 19, § 2, où il est dit : *Eorum qui in potestate patris sunt, sinè voluntate ejus, matrimonia jure non contrahuntur ; sed contracta non solvuntur : contemplatio enim publicæ utilitatis privatorum commodis præfertur.*

Je réponds que ces termes, *sed contracta non solvuntur*, ne doivent pas s'entendre dans le sens qu'ils paraissent d'abord présenter. Pour connaître le véritable sens de ces termes, *sed contracta non solvuntur*, il faut rapprocher ce texte d'un autre texte des sentences de Paul, lib. 5, tit. 6, § 10, où il est dit : *Benè concordans matrimonium separari à patre D. Pius prohibuit.*

Avant cette constitution d'Antonin, la puissance paternelle ne se bornait pas à empêcher que les enfants de famille ne pussent contracter mariage sans le consentement de leur père ; mais même après que le mariage avait été valablement contracté avec le consentement du père, la puissance paternelle donnait encore le droit au père de dissoudre le mariage de sa fille par le divorce, lorsqu'il le jugeait à propos, même malgré sa fille, lorsque sa fille mariée était demeurée en sa puissance. C'est ce que nous apprenons d'un fragment d'Ennius, où ce poëte fait ainsi parler une fille :

Si improbum esse Ctesiphontem existimaveras,
Cur me huic locabas nuptiis ? Sin est probus,
Cur talem invitum, invitam cogis linquere ?

L'empereur Antonin ayant trouvé que ce droit qu'avaient les pères de dissoudre le mariage des enfants qu'ils avaient sous leur puissance, lorsqu'il était bien concordant, était contraire au bien public et au bon ordre de la société, abolit ce droit par sa constitution.

Il est facile à présent d'apercevoir le sens de ces termes, *sed contracta non solvuntur*. Après que Paul a dit que les enfants de famille ne peuvent valablement contracter mariage sans le consentement de leur père, en la puissance de qui ils sont : *Eorum qui in potestate patris sunt, sinè voluntate ejus, matrimonia jure non contrahuntur*, il ajoute, *sed contracta non dissolvuntur* ; c'est-à-dire, mais lorsque les mariages ont été une fois valablement contractés, le consentement du père y étant intervenu, le père n'a plus le droit de les dissoudre comme il l'avait autrefois. Ensuite Paul nous apprend la raison qui a porté l'empereur à abolir ce droit que donnait autrefois aux pères la puissance paternelle : c'est, dit-il, que l'intérêt public et le bon ordre de la société, qui ne permettent pas de dissoudre des mariages bien concordants, doit prévaloir à cet égard aux droits de la puissance paternelle, qui ne contiennent qu'un intérêt de particuliers : *Contemplatio enim publicæ utilitatis, privatorum commodis præfertur.*

18. Entre les théologiens qui ont voulu dépouiller la puissance séculière du droit qu'elle a, et dont elle a toujours usé, de faire des lois sur les mariages, dont l'inobservation emporte la nullité du mariage, il y en a qui, ne pouvant rien répondre aux exemples tirés des lois romaines sur le droit de la puissance séculière, conviennent que les princes séculiers ont eu effectivement autrefois le droit de faire des lois sur les mariages, et d'établir par ces lois des empêchements dirimants ; mais ils disent que l'église, pour de bonnes raisons, s'est réservé à elle seule ce droit, et que les princes s'en sont volontairement désistés. Rien n'est plus absurde que le sentiment de ces théologiens : car le pouvoir qu'ils conviennent que les princes séculiers ont eu de faire des lois pour la validité ou l'invalidité des mariages, est ou spirituel ou temporel. S'il est spirituel, les princes n'auraient jamais pu l'avoir ; et lorsqu'ils en ont fait usage, les évêques n'auraient pas manqué de réclamer. S. Ambroise n'aurait pas conseillé à Théodose de faire une loi pour défendre le mariage des cousins germains, mais il aurait plutôt assemblé un concile de sa province pour les défendre. Si

au contraire, ce pouvoir dépend de la puissance temporelle, l'église, dont la puissance est toute spirituelle, n'a pu se l'attribuer ; et les princes n'ont pu y renoncer, les droit attachés à la puissance souveraine qu'ils ont reçue de Dieu, étant des droits inaliénables.

Par tout ce qui vient d'être dit, il ne peut rester aucun doute que la puissance séculière a le droit de faire des lois sur les mariages, dont l'inobservation les rende absolument et entièrement nuls, non-seulement quant aux effets civils, mais même quant au lien, et qui les empêche en conséquence de pouvoir servir de matière au sacrement de mariage [1].

Art. II. — De l'autorité de l'Eglise sur les mariages.

19. En assurant à la puissance séculière les droits qui lui appartiennent, nous reconnaissons aussi ceux qui appartiennent à la puissance ecclésiastique. Le mariage étant contrat civil et sacrement ; s'il est, en tant que contrat civil, soumis aux lois séculières, il est, en tant que sacrement, soumis aux règles de l'église. C'est pourquoi nous n'avons garde de nous élever contre le décret du concile de Trente, qui frappe d'anathème ceux qui contestent à l'église le pouvoir d'établir des empêchements dirimants de mariage : *Si quis dixerit ecclesiam non potuisse constituere impedimenta matrimonii dirimentia vel in iis constituendis errasse, anathema sit.* Sess. 24, Can. 4.

20. Nous avons néanmoins à cet égard deux observations à faire. La première, est que le mariage n'étant soumis à la puissance ecclésiastique qu'en tant qu'il est sacrement, et n'étant aucunement soumis à cette puissance en tant que contrat civil, les empêchements que l'église établit, seuls et par eux-mêmes, ne peuvent concerner que le sacrement, et ne peuvent seuls, et par eux-mêmes, donner atteinte au contrat civil. Mais lorsque le prince, pour entretenir le concert qui doit être entre le sacerdoce et l'empire, a adopté et fait recevoir dans ses états les canons qui établissent ces empêchements, l'approbation que le prince y donne, rend les empêchements établis par ces canons, empêchements dirimants de mariage, même comme contrat civil [2].

21. La seconde observation est que, quoique l'église ait le pouvoir d'établir des empêchements dirimants de mariage, et que plusieurs de ceux qui sont aujourd'hui en usage, tels que ceux de la profession religieuse et des ordres sacrés, aient été établis par l'église dans des conciles, néanmoins, pendant bien des siècles, l'église n'a pas usé de ce pouvoir : elle ne connaissait d'autres empêchements dirimants de mariage que ceux que la loi naturelle, le Lévitique et les lois civiles avaient établis. Le père Labbe, dans le dixième tome de sa collection, a placé après les canons du troisième concile général de Latran, un ancien recueil de lettres de papes, divisé par titres, auquel l'auteur de ce recueil avait donné le titre d'*Appendix ad concilium Lateranense tertium.* Nous trouvons dans ce recueil, au titre *de Sponsalibus*, *cap.* 27, une lettre

---

[1] Cette doctrine, qui est d'une évidence palpable, amène nécessairement pour conséquence que c'est à la puissance séculière qu'il appartient de juger si le mariage est valable ou nul, si les conditions voulues par la loi se trouvent réunies ou non : dès lors on ne comprend pas ce qu'a voulu dire le concile de Trente :

« *Si quis dixerit causas matrimo-* « *niales non spectare ad judices eccle-* « *siasticos, anathema sit.* » *Sess.* 24, *Can.* 12.

[2] Parce qu'alors l'autorité séculière ayant adopté les canons de l'église, ils sont devenus lois de l'Etat, et comme tels ils sont obligatoires; mais aussi la même autorité législative qui avait adopté ces règles, peut plus tard les rejeter, et les canons n'auront dès lors aucune force pour invalider le contrat ou le mariage tel que la loi le reconnaît.

d'un pape Benoît à Gaudence patriarche, qui l'avait consulté sur la question de savoir si une fille pouvait épouser un jeune homme qui avait été fiancé seulement, et non marié à la défunte sœur de cette fille. Le pape répond ainsi à cette question : Pourquoi, dit-il, condamnerais-je un mariage qui n'est condamné ni par les saintes Ecritures, ni par les lois de la puissance séculière? *Cur prohibeam quod prohibitum nunquam sacra Scriptura declaravit, sed neque mandatæ leges connumeratis personis quibus inter se nuptias contrahere non licet, de hujusmodi aliquid dicunt negotio?*

Tous les empêchements dirimants de mariage, qui ont été établis dans les premiers siècles de l'église, l'ont été par les lois des empereurs, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 13 : nous n'en trouvons aucun qui ait été dans ces siècles établi par l'église. Si, dès le sixième et le septième siècles, les papes et les conciles ont défendu les mariages pour cause de parenté et d'affinité dans des degrés plus éloignés que ceux dans lesquels ils étaient défendus par les lois civiles, c'est parce qu'on croyait dans ces temps (comme nous le verrons en son lieu), que ces mariages étaient expressément condamnés par la loi du Lévitique. Les papes et les conciles n'entendaient pas, en défendant ces mariages, établir de nouveaux empêchements dirimants.

22. Même à l'égard des mariages qui ne pouvaient se contracter sans crime, l'église se contentait de les défendre sous peine des censures ecclésiastiques, mais elle ne les déclarait pas nuls.

Par exemple, quoique l'église ait toujours regardé comme un très grand péché la violation que faisaient de leur vœu, en se mariant, les vierges qui avaient été solennellement consacrées à Dieu ; néanmoins, pendant plusieurs siècles, elle n'a pas regardé comme un empêchement dirimant de mariage la profession religieuse, qui l'est devenue depuis. *V.* ce que nous en rapportons *infrà*, en la troisième partie.

SECONDE PARTIE.

DES CHOSES QUI ONT COUTUME DE PRÉCÉDER LE MARIAGE.

Les choses qui ont coutume de précéder le mariage, sont les *fiançailles* et les *bans de mariage*.

CHAPITRE PREMIER.

Des fiançailles[1].

23. Le mariage a coutume d'être précédé de *fiançailles* : il n'est pas néanmoins de nécessité qu'il en soit précédé.

Les canonistes distinguent deux espèces de fiançailles; celles qui se font par paroles de présent, et celles qui se font par paroles de futur.

Les *fiançailles par paroles de présent*, sont la convention par laquelle un homme et une femme déclarent l'un et l'autre qu'ils se prennent dès à présent pour époux.

Avant le concile de Trente, ces fiançailles par paroles de présent, qui se faisaient dans le secret, sans qu'il intervînt de célébration de mariage en face d'église, étaient de vrais mariages[2]. Elles ont été proscrites par le concile de Trente et par l'ordonnance de Blois, et elles ne peuvent plus avoir aucun effet. L'ordonnance de Blois, art. 44, défend aux notaires d'en recevoir, à peine de punition corporelle. Mornac, sur la loi 3, ff. *de Rit. nupt.*, rapporte des arrêts qui font pareillement défenses aux curés et vicaires d'en recevoir.

24. A l'égard des *fiançailles par paroles de futur*, qui sont les seules que nous reconnaissons, nous en trouvons la définition dans la loi 1, ff. *de Sponsal. Sponsalia sunt mentio et repromissio futurarum nuptiarum ;*

C'est-à-dire, une convention par laquelle un homme et une femme se promettent réciproquement qu'ils contracteront mariage ensemble.

Nous traiterons,

1° De l'antiquité et des raisons de l'usage des fiançailles;

2° Des personnes qui peuvent les contracter;

3° Comment elles se contractent;

4° Des choses qui ont coutume de les accompagner;

5° Des effets des fiançailles;

6° Des juges qui sont compétents pour connaître des fiançailles, et des peines des parties qui refusent de les accomplir;

7° Enfin, des clauses qui peuvent décharger les fiancés de leur engagement.

---

[1] Nos lois gardent complétement le silence sur les fiançailles : d'où la conséquence qu'elles n'ont aucun effet légal en tant que fiançailles.

[2] En vertu de la règle : *Consensus nuptias facit.*

Art. Ier. — De l'antiquité de l'usage des fiançailles, et des raisons de cet usage.

25. L'usage des fiançailles est très ancien parmi les hommes : il était observé chez les peuples du Latium, suivant le témoignage de Servius-Sulpicius rapporté par Aulu-Gelle, *Noct. Attic., lib. 4, cap. 4.*

Cet usage a passé de là chez les Romains : *Moris fuit veteribus stipulari et spondere sibi uxores futuras;* L. 2, ff. *de Spons.*

Elles étaient aussi en usage chez les Grecs.

En remontant à une antiquité reculée, nous trouvons que Rachel fut fiancée à Jacob longtemps avant qu'on la lui donnât en mariage.

26. S. Augustin nous rapporte la principale raison de cet usage des fiançailles : *Constitutum est,* dit-il, *ut jam pactæ sponsæ non statim tradantur, ne vilem habeat maritus datam, quam non suspiraverit sponsus dilatam* [1]; *Can.* constitutum, *caus.* 27, *quæst.*

Cet usage de faire précéder de quelque temps les fiançailles avant que de contracter le mariage, remédie aussi aux inconvénients qui se trouvent dans des mariages trop précipités qui se contractent entre des parties avant qu'elles se connaissent.

Art. II. — Quelles personnes peuvent contracter ensemble des fiançailles.

27. Pour qu'un homme et une femme puissent contracter valablement ensemble des fiançailles, il faut qu'ils soient capables de contracter mariage ensemble, ou du moins qu'ils puissent décemment espérer de le devenir.

Suivant ce principe, un frère et une sœur ne peuvent pas valablement contracter ensemble des fiançailles, parce qu'ils ne peuvent jamais être capables de contracter mariage ensemble.

Au contraire, un cousin et une cousine, quoique dans un degré prohibé, peuvent valablement contracter ensemble des fiançailles; car, quoiqu'ils ne soient pas alors capables de contracter mariage ensemble, ils peuvent décemment espérer de le devenir, lorsqu'ils auront obtenu les dispenses nécessaires [2].

28. Un homme marié ne peut pas contracter valablement des fiançailles avec une autre femme : car quoiqu'il puisse devenir capable de l'épouser après la mort de sa femme, il ne peut décemment espérer de devenir capable d'en épouser une autre.

29. Des impubères peuvent, avec l'autorité de leurs parents ou tuteurs, contracter valablement des fiançailles : car, quoiqu'ils ne soient pas encore capables de contracter mariage, ils peuvent décemment espérer de le devenir.

Il faut néanmoins pour les fiançailles, qui se forment, comme tous les autres contrats, par le consentement des parties, que ces impubères soient en âge de comprendre ce qu'ils font ; c'est-à-dire, qu'ils aient au moins sept ans: *A primordio ætatis sponsalia effici possunt, si modò id fieri ab utrâque personâ intelligatur, id est, si non sunt minores quàm septem annis* [3]; L. 14, ff. *de Spons.*

---

[1] Si ce retard dans la célébration du mariage peut être un stimulant de la future affection entre les conjoints, il peut aussi avoir de graves inconvénients.

[2] Ils peuvent aujourd'hui se marier sans dispense.

[3] Il faut convenir que de pareilles conventions étaient au moins très prématurées.

ART. III. — Comment se contractent les fiançailles.

30. Les fiançailles sont un contrat consensuel qui se forme par le seul consentement : *Sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia;* L. 4, ff, *de Spons.*

La disposition de l'ordonnance de 1639, art. 7, qui porte que «les fiançailles seront rédigées par écrit en présence de quatre parents,» concerne la manière dont les fiançailles doivent se prouver lorsque l'une des parties en disconvient, et non la substance de l'engagement.

Ce consentement qui forme les fiançailles, doit être un consentement parfait, qui n'ait point été extorqué par violence ou par menaces, et qui n'ait pas été surpris.

La liberté y est tellement nécessaire, que si l'une des parties paraissait avoir eu un grand empire sur l'esprit de l'autre partie, l'engagement ne serait pas valable. C'est sur ce fondement que des promesses de mariage faites entre un médecin et sa malade, pendant sa maladie, quoique avec le consentement du père de la fille, ont été jugées non valables par un arrêt (du 18 juin 1607) que rapporte Bouchel, en sa *Bibliothèque des Arrêts*. Fevret le rapporte aussi (*Traité de l'Abus*, liv. 5, ch. 1, n° 4).

Il n'est pas toujours nécessaire que ce consentement soit exprès. Lorsqu'un père fiance sa fille à quelqu'un, la fille qui est présente, et qui ne contredit pas à ce que fait son père, est censée consentir tacitement aux fiançailles [1] : *Quæ patris voluntati non repugnat, consentire intelligitur;* L. 12, ff. *eod tit.*

Mais la convention par laquelle les parents du garçon et ceux de la fille conviennent de les marier ensemble, sans que le consentement du garçon et de la fille intervienne au moins tacitement, ne sont pas de véritables fiançailles : cette convention n'oblige point le garçon et la fille qui n'ont point consenti, et ne forme point d'empêchement d'honnêteté publique qui résulte des fiançailles [2]; *cap. un. de Spons. impub. in* 6°.

31. De même qu'on ne peut contracter mariage qu'avec une personne certaine et déterminée, on ne peut non plus contracter valablement des fiançailles qu'avec une personne certaine et déterminée; *cap.* 1, *de Spons.*, *in* 6°. C'est pourquoi si un jeune homme promettait à trois sœurs d'épouser l'une d'elles, cette promesse ne produirait aucun engagement.

32. Outre le consentement des personnes qui contractent ensemble les fiançailles, il faut aussi, pour la validité des fiançailles, celui des personnes dont le consentement est requis pour leur mariage : *In sponsalibus etiam consensus eorum exigendus est quorum in nuptiis desideratur;* L. 7, § 1, ff. *eod tit.*

C'est pourquoi les enfants de famille et les mineurs ne peuvent contracter valablement les fiançailles et faire des promesses de mariage sans le consentement de leurs père ou mère, tuteur ou curateur. Les princes et princesses du sang ne le peuvent sans le consentement du roi.

33. Il est nécessaire pour la validité de l'engagement des fiançailles, que cet engagement soit réciproque. C'est ce qui résulte de la définition des fiançailles, rapportée *suprà*, n° 24, *Repromissio futurarum nuptiarum*. Ce terme *repromissio*, signifie une promesse réciproque. En conséquence Fevret, en son *Traité de l'Abus*, liv. 5, chap. 1, n° 3, nous rapporte que M. l'avocat général Servin, dans la cause du sieur Desportes, fit voir que le billet du sieur

---

[1] On aurait cependant pu dire avec raison que la crainte révérentielle la forçait au silence.

[2] Cet empêchement, résultant des fiançailles, est étranger à notre législation actuelle.

Desportes, conçu en ces termes : *Je promets à mademoiselle Bourderet de l'épouser*, était nul, et ne produisait aucune obligation, parce qu'il n'y avait pas de promesse réciproque de ladite demoiselle, qui avait seulement, *ex post facto*, apposé sa signature au billet, en l'absence dudit Desportes.

Du principe qu'il est de l'essence du contrat de fiançailles que l'engagement soit réciproque, on tire cette conséquence, que lorsqu'un billet qui contient des promesses de mariage, est laissé entre les mains de l'une des parties, sans que l'autre en ait de son côté un double, le traité est nul, parce que étant au pouvoir de la partie, entre les mains de qui est le billet, de ne pas exécuter le traité, en supprimant le billet, l'engagement n'est pas réciproque.

Mais si le billet était déposé entre les mains d'un tiers, il serait valable.

34. Les fiançailles peuvent se contracter non-seulement purement et simplement ; on peut aussi y apposer un terme, et même une condition, de même qu'aux autres contrats.

L'effet du terme, suivant les principes établis en notre *Traité des Obligations*, n° 230, consiste à empêcher chacune des parties de poursuivre, avant qu'il soit expiré, l'autre partie, pour demander l'exécution des fiançailles ; mais il n'empêche pas que les fiançailles ne soient, dès l'instant du contrat, valablement contractées, et qu'elles ne produisent dès lors les engagements qui en naissent, et les empêchements qui en résultent, dont nous parlerons *infrà*, ch. 3, art. 5.

35. La condition qui serait apposée aux fiançailles, est bien différente d'un simple terme. Non-seulement elle empêche les parties de pouvoir, avant son accomplissement, demander l'exécution des fiançailles ; mais encore elle les suspend de manière que les fiançailles ne produisent les obligations et les autres effets qui en naissent, que dans le cas auquel la condition s'accomplirait, et qu'au contraire elles sont regardées comme non avenues, si la condition défaut.

Tant que la condition est encore pendante, il n'y a pas d'obligation, mais seulement une espérance d'obligation. Mais comme une obligation conditionnelle donne à celui envers qui elle est contractée, le droit de faire les actes conservatoires du droit qu'il espère avoir, quoiqu'il ne l'ait pas encore, si l'une des parties qui ont contracté des fiançailles conditionnelles, pendant que la condition est pendante, faisait publier des bans avec une autre personne, celle envers qui elle a contracté ses premières fiançailles conditionnelles serait fondée à y former opposition [1].

36. Les conditions qu'on peut opposer aux fiançailles, doivent être honnêtes et possibles. Si on avait apposé une condition impossible, ou la condition d'une chose contraire aux lois ou aux bonnes mœurs, les fiançailles seraient nulles ; tout contrat fait sous de telles conditions étant nul, suivant les principes de droit que nous avons rapportés en notre *Traité des Obligations*, n° 204 [2].

L'auteur des Conférences de Paris prétend au contraire que les fiançailles contractées sous une condition impossible, ne laissent pas d'être valables, et que la condition doit être regardée comme non écrite, de même que les dispositions de dernière volonté. Il se fonde sur une décrétale de Grégoire IX, qui est rapportée au chapitre dernier, *ext. de cond. appos.* Mais cette décrétale étant dans l'espèce de conditions apposées au mariage même, lorsqu'on

---

[1] Pothier, dans ces deux numéros, applique aux fiançailles les règles générales des contrats en ce qui concerne le terme et la condition.

[2] *V.* art. 1172, C. civ.

Art. 1172 : « Toute condition d'une « chose impossible, ou contraire aux « bonnes mœurs, ou prohibée par la « loi, est nulle, et rend nulle la conven- « tion qui en dépend.

le contractait, on n'a pu en tirer argument pour de simples fiançailles de futur.

37. Les fiançailles peuvent être contractées non-seulement *ex certo die, vel sub conditione*, avec un terme ou sous une condition, elles peuvent aussi, de même que les autres conventions, être contractées *ad certum tempus, vel ad certam conditionem;* auquel cas elles produisent, aussitôt qu'elles sont contractées, une obligation réciproque, pour l'accomplissement de laquelle chacune des parties a action aussitôt. Mais si l'échéance du terme ou de la condition arrive avant que les fiançailles aient eu leur accomplissement par le mariage des parties, et avant que ni l'une ni l'autre des parties ait été mise en demeure de les accomplir, l'obligation des fiançailles cesse de plein droit; *V.* notre *Traité des Obligations*, n° 224.

38. On a fait la question : si un mariage nul pouvait valoir au moins comme fiançailles ?—Les canonistes font à cet égard une distinction. Lorsque le mariage est nul par le défaut d'observation des formes que la loi prescrit, comme lorsque des personnes se sont mariées ailleurs qu'en face d'Eglise, un tel mariage ne vaut pas même comme fiançailles, parce que la loi ne donne aucun effet aux actes faits au mépris de la loi, sans observer les formes qu'elle prescrit. C'est le cas de la maxime : *Quod nullum est, nullum producit effectum.* Mais lorsqu'on a observé les formes, et que le mariage qui a été fait de bonne foi, n'est nul que parce que les parties n'étaient pas encore capables de contracter mariage, quoiqu'elles fussent capables de contracter des fiançailles, comme lorsqu'une des parties n'avait pas encore l'âge de puberté; en ce cas, l'acte qui ne peut valoir comme mariage, vaut comme fiançailles, la promesse réciproque de se prendre présentement pour époux, renfermant celle de se prendre pour époux lorsqu'on le pourra. C'est l'avis de Fagnan, *ad cap.* Extravag. *de despons. impub.*

ART. IV. — Des choses qui ont coutume d'accompagner les fiançailles.

Les choses qui ont coutume d'accompagner les fiançailles, sont :—1° La bénédiction des fiançailles en face d'église; — 2° Les arrhes et les présents de mariage; — 3° L'acte qui contient les conventions de mariage, qu'on appelle *Contrat de Mariage.*

§ I. *De la bénédiction des fiançailles.*

39. L'usage de la bénédiction des fiançailles est très ancien dans l'Eglise. Elle y était en usage dès le quatrième siècle, suivant ce qui paraît par une lettre du pape Syrice à Himérius, évêque de Tarragone, qui est rapporté au second tome des conciles du père Labbe. Il y est dit, art 4 : *De conjugalium violatione requisisti, si desponsatam alii puellam, alter in matrimonium possit accipere? Hoc ne fiat, modis omnibus inhibemus, quia illa benedictio quam* NUPTURÆ *sacerdos imponit, apud fideles, sacrilegii instar est, si ullâ transgressione violetur.*

Il est évident que le pape parle, non de la bénédiction nuptiale, mais de la bénédiction que le prêtre donnait aux personnes fiancées; car il dit, *quam* NUPTURÆ *sacerdos imponit.* Il ne dit pas *nubenti :* et d'ailleurs il ne pouvait être question que d'une fiancée dans ce qui faisait l'objet sur lequel Himérius avait consulté le pape. Himérius n'aurait pas eu besoin de demander au pape si on pouvait marier une femme qui l'était déjà à un autre.

40. Quelque ancien que soit l'usage de cette bénédiction, elle n'est pas de l'essence des fiançailles, qui ne laissent pas d'être valables, quoiqu'elle ne soit pas intervenue. En cela les fiançailles diffèrent du mariage, qui, selon les lois du royaume, ne peut être valablement contracté qu'en face d'église [1].

[1] Aujourd'hui par devant l'officier de l'état civil.

La bénédiction est si peu de l'essence des fiançailles, que, selon l'usage de quelques diocèses, du nombre desquels est notre diocèse d'Orléans, la bénédiction des fiançailles ne se fait qu'après la publication des bans, et par conséquent longtemps après qu'elles ont été contractées.

L'usage des diocèses où la bénédiction des fiançailles précède la publication des bans, est beaucoup plus régulier.

41. Cette cérémonie de la bénédiction des fiançailles se fait en face d'église. Les parties y déclarent devant le curé de leur paroisse, ou autre prêtre par lui commis, qu'elles promettent de s'épouser, et le prêtre récite sur elles les prières accoutumées, telles qu'elles sont contenues dans les rituels des différents diocèses.

Lorsque les parties sont de différentes paroisses, cette cérémonie se fait dans celle de la fiancée, plutôt que dans celle du fiancé; car il est de la décence que ce soit le fiancé qui paraisse aller rechercher la fiancée.

§ II. *Des arrhes, et des présents de mariage.*

42. On appelle *arrhes* ce que quelqu'un donne à un autre pour gage de l'exécution de l'engagement qu'il contracte ou qu'il a contracté envers lui, à la charge de n'en avoir aucune répétition, dans le cas auquel il manquerait par sa faute à l'accomplir[1].

Chez les Romains, c'était le fiancé qui avait coutume de donner des arrhes à la fiancée, ou au père de la fiancée, en la puissance de qui elle était. S'il manquait par sa faute à son engagement, il perdait les arrhes qu'il avait données : si c'était par la faute de la personne qui les avait reçues, qui, sans aucun juste sujet, refusait d'accomplir le mariage, les arrhes devaient être rendues autrefois au quadruple; L. 6, Cod. *Theod. de Sponsal.*; et depuis, par la constitution de Léon et Anthème, seulement au double; L. 5, § 1, Cod. *de Sponsal.*; L. 16, *de Episcop. aud.*

Lorsque le mariage n'avait pas lieu, sans la faute ni de l'une ni de l'autre des parties, *putà*, par la mort de l'une d'elles, avant qu'elle eût été mise en demeure d'accomplir son engagement, ou pour quelque juste cause que l'une ou l'autre partie avait eue de ne pas accomplir les fiançailles, les arrhes étaient rendues purement et simplement sans aucune crue; L. 3, Cod. *de Sponsal.* Les arrhes doivent pareillement être rendues, lorsque le mariage a eu lieu.

43. Parmi nous, le fiancé et la fiancée se donnent assez souvent réciproquement des arrhes; celle des parties qui, sans aucun juste sujet, refuse d'accomplir son engagement, doit rendre à l'autre les arrhes qu'elle a reçues, et perdre celles qu'elle a données, pourvu néanmoins qu'elles ne fussent pas trop considérables, eu égard à la qualité et aux facultés des parties.

Lorsque les arrhes sont considérables, et qu'elles excèdent de beaucoup la somme à laquelle pourraient être réglés les dommages et intérêts résultant de l'inexécution des promesses de mariage, la partie qui les a données, et qui refuse, sans aucun juste sujet, d'accomplir son engagement, ne laisse pas d'en avoir la répétition, sous la déduction seulement de la somme à laquelle le juge doit régler les dommages et intérêts dus à la partie qui les a reçues, pour l'inexécution des promesses de mariage. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du 20 août 1680, rapporté au 2e tome du *Journal du Palais.*

La raison est, qu'étant d'une extrême importance pour le bien de la société

---

[1] Il n'est question des arrhes dans le Code civil qu'au sujet des promesses de vente : on ne donne plus d'arrhes en mariage. *V.* art. 1590, C. civ.

Art. 1590 : « Si la promesse de vente a été faite avec des arrhes, chacun des contractants est maître de s'en départir; celui qui les a données, en les perdant, et celui qui les a reçues, en restituant le double. »

civile, que les mariages soient parfaitement libres, une partie ne doit pas être mise dans la nécessité de contracter un mariage contre son gré, par la crainte de souffrir une trop grosse perte, si elle refusait d'accomplir les promesses de mariage pour l'exécution desquelles elle a donné des arrhes trop considérables[1].

44. C'est par cette même raison qu'on n'a, dans notre jurisprudence, aucun égard aux stipulations pénales par lesquelles un homme et une femme se promettent réciproquement une somme d'argent, ou quelque autre chose, en cas de refus d'exécuter les promesses de mariage qu'ils se sont faites, lorsque la somme ou la chose promise excède ce que le juge estime être dû pour les dommages et intérêts; arrêt du 29 août 1713, au 6e volume du *Journal* (liv. 3, ch. 38). Notre jurisprudence est en cela conforme au droit canonique; *Cap. Gemma*, 29, Extr. *de Sponsal.*

45. Les fiançailles sont aussi souvent accompagnées de présents que le fiancé fait à la fiancée, ou qu'ils se font réciproquement l'un à l'autre. Suivant le droit romain, avant Constantin, ces donations étaient censées pures et simples, et ne se révoquaient pas lorsque le mariage manquait, à moins qu'il n'y eût quelques circonstances qui y fissent présumer la condition, *si nuptiæ sequantur*; L. 2, Cod. *de Don. ante nupt.*

Par les constitutions de Constantin, la condition *si nuptiæ sequantur*, y est toujours sous-entendue; et lorsque le mariage manque par la mort de l'une ou de l'autre partie, il y a lieu à la répétition des choses données; sauf que *si jam osculum intervenerat*, la fiancée retenait la moitié de ce qui lui avait été donné en présent; L. 13 et 16, Cod. *eod tit.*

Selon les mœurs des Romains, bien différentes des nôtres, une fille n'admettait aucun homme à la baiser au visage, pas même souvent son fiancé. Lorsqu'elle y avait admis son fiancé, le fiancé *videbatur pudicitiam ejus prælibasse; in cujus pudicitiæ prælibatæ præmium*, la fiancée, lorsque le mariage manquait, retenait la moitié de ce qui lui avait été donné.

En cela ce qui était donné en présent, était différent des arrhes que la fiancée devait rendre en ce cas, sans en rien retenir.

A plus forte raison, lorsque c'était par le refus du donataire que le mariage manquait, les choses qui lui avaient été données en présent devaient être rendues.

46. Suivant notre jurisprudence française, dans tous les présents qui se font à des fiancés, la condition *si nuptiæ sequantur* y est toujours sous-entendue, quoiqu'elle n'y ait pas été exprimée; et il y a en conséquence toujours lieu à la répétition des choses données, lorsque le mariage manque, à moins que ce ne fût par le refus du donateur : car en ce cas, le donateur ayant été mis en demeure d'accomplir la condition, elle doit passer pour accomplie vis-à-vis de lui, suivant la règle de droit : *In omnibus causis pro facto id accipitur, quoties per aliquem mora fit, quominùs fiat;* L. 39, ff. *de Reg. jur.*

§ III. *De l'acte qui contient les conventions matrimoniales.*

47. Les fiançailles sont ordinairement accompagnées ou suivies d'un acte reçu devant notaires, qui se passe en présence des parents des fiancés, qu'on assemble pour cet effet, lequel contient les conventions matrimoniales. On donne à cet acte le nom de *Contrat de mariage.*

Cet acte n'est pas de nécessité. Il arrive souvent que les parties se marient sans faire de contrat de mariage, surtout parmi les pauvres gens : en ce cas,

---

[1] Cette raison, qui est décisive, doit autoriser la répétition des arrhes, quoique modiques, qui auraient été donnés, s'il n'y a pas lieu à des dommages-intérêts; c'est-à-dire, s'il n'y a pas eu préjudice souffert.

les dispositions des coutumes sur la communauté, le douaire, etc., leur en tiennent lieu [1].

48. Ce contrat de mariage ne peut se faire qu'avant le mariage : il n'est plus permis, après la célébration du mariage, de faire aucunes conventions matrimoniales. Plusieurs coutumes en ont des dispositions. Notre coutume d'Orléans, art. 202, dit : « En traité de mariage et *avant* la foi baillée et bé- « nédiction nuptiale, homme et femme peuvent faire et apposer telles condi- « tions, douaires, donations et autres conventions que bon leur semblera. »

C'est pour cela que les contrats de mariage doivent être faits devant notaires, dans la crainte des antidates dont les actes sous signatures privées sont susceptibles.

Il y a pourtant des provinces où on admet les contrats de mariage faits sous les signatures privées des parties et de leurs parents respectifs [2].

Art. V. — Des effets que produisent les fiançailles.

Le principal effet que produisent les fiançailles, est qu'elles forment dans chacune des parties un engagement réciproque d'accomplir sa promesse, lorsqu'elle en sera requise par l'autre partie ; d'où naît une action que chacune des parties a contre l'autre pour l'obliger à l'accomplir.

Cet effet dérive de la nature des fiançailles, qui sont un contrat synallagmatique [3].

Le second effet des fiançailles, qui est une suite du premier, est qu'elles forment dans chacune des parties un engagement prohibitif qui les empêche de pouvoir, pendant qu'elles subsistent, se marier licitement à un autre [4].

Cet engagement n'est que prohibitif : il n'est pas dirimant, comme nous le verrons *infrà*, part. 3.

Enfin, le troisième effet des fiançailles est qu'elles forment, même après leur dissolution, un empêchement dirimant, qu'on appelle d'*honnêteté publique*, qui empêche chacune des parties d'épouser les parents de la ligne directe de l'autre partie, et même ceux du premier degré de la collatérale [5], comme nous le verrons *infrà*, part. 3.

Art. VI. — Quels juges sont compétents pour connaître de la validité des fiançailles. La partie qui refuse de les exécuter, peut-elle y être contrainte ; et quelle est la peine de son refus.

49. Les fiançailles étant un contrat, appartiennent, de même que tous les autres contrats, à l'ordre politique, et par conséquent c'est le juge séculier qui en est le juge naturel.

---

[1] *V.* art. 1393, C. civ.

Art. 1393 : « A défaut de stipulations « spéciales qui dérogent au régime de « la communauté ou le modifient, les « règles établies dans la première par- « tie du chapitre II formeront le droit « commun de la France. »

[2] *V.* art. 1394 et 1395, C. civ.

Art. 1394 : « Toutes conventions « matrimoniales seront rédigées, avant « le mariage, par acte devant notaire. »

Art. 1395 : « Elles ne peuvent rece- « voir aucun changement après la cé- « lébration du mariage. »

[3] S'il est vrai qu'il est d'une extrême importance pour le bien de la société que les mariages soient parfaitement libres, il faut que cette liberté complète existe au moment même de la célébration, il ne faut pas que l'une ou l'autre des parties, ou toutes deux se croient obligées, par un contrat précédent, de passer outre à la célébration du mariage, donc ces promesses de se marier ne constitueraient pas un contrat valable.

[4] Nos lois ne reconnaissent plus cet empêchement.

[5] Cet empêchement est aujourd'hui également supprimé.

Néanmoins, en considération de ce que les fiançailles ont pour objet le mariage que les parties se sont réciproquement obligées de contracter, et que le mariage, en tant qu'il est élevé à la dignité de sacrement, renferme quelque chose de spirituel, nos rois ont bien voulu permettre que les juges d'église pussent aussi connaître des fiançailles, pourvu qu'ils se bornent à connaître seulement de leur validité ou invalidité, et non des dommages et intérêts qui résultent de leur inexécution.

Le juge d'église ne peut connaître des fiançailles qu'entre le fiancé et la fiancée. Lorsque c'est un père qui a promis de donner son fils ou sa fille à quelqu'un, l'engagement qu'il contracte n'a rien de spirituel : il ne peut être poursuivi pour l'accomplir, que devant le juge séculier [1].

50. Lorsque l'une des parties fiancées a assigné l'autre devant l'official, pour exécuter des promesses de mariage, la partie assignée ou convient ou disconvient des promesses.

Lorsqu'elle en disconvient, l'official [2] n'en peut admettre la preuve que de la manière dont elle est prescrite par la déclaration du 26 novembre 1639, qui porte : « Défendons à tous juges, même à ceux d'église, de recevoir la « preuve par témoins des promesses de mariage, autrement que par écrit qui « soit arrêté en présence de quatre proches parents de l'une et de l'autre par- « tie, encore qu'elles soient de basse condition. »

La disposition de cette déclaration est conforme à l'ordonnance de Moulins, qui a défendu la preuve testimoniale de toutes choses excédant cent livres dont les parties ont pu se procurer une preuve par écrit.

Cette déclaration n'établit donc pas un droit nouveau ; elle ne fait que confirmer à cet égard l'ordonnance de Moulins. C'est pourquoi, par arrêt du 20 décembre 1629, antécédent à cette déclaration, la Cour jugea qu'il y avait abus dans un appointement de l'official du Mans, qui avait permis la preuve testimoniale de promesses de mariage : il est rapporté par Bardet, tom. 1, liv. 3, chap. 76.

51. Lorsque les promesses sont avouées ou prouvées, l'official entre en connaissance de cause, « si l'engagement a été valablement contracté, et s'il n'est survenu depuis aucun juste sujet d'en dégager la partie qui l'a contracté. » Lorsque l'official trouve l'engagement valable, il prononce que les fiançailles sont valables, et il exhorte la partie à accomplir son engagement ; mais il ne peut la condamner à l'exécution, ni l'y contraindre par censures ecclésiastiques. S'il le faisait, il y aurait lieu à l'appel comme d'abus : Arrêt du premier juin 1638, rapporté par Bardet, tom. 2, liv. 7, chap. 26. Nous avons rejeté en France le chapitre 10, Extr. *de Spons.* qui permet aux juges d'église d'employer cette voie. Parmi nous, l'official doit se contenter des voies d'exhortation ; et si la partie persiste dans son refus, il doit prononcer la dissolution des fiançailles, en lui imposant une pénitence pour son manque de foi, qui consiste dans quelques prières, ou légères aumônes. Ce manque de foi doit être toléré comme un moindre mal, pour éviter de plus grands maux que pourrait occa-

---

[1] Nos lois n'admettent point de juges d'église en matières de mariage ou de promesse de mariage.

[2] L'OFFICIAL était un juge d'église commis par un prélat, ou un évêque, par un chapitre ou par un abbé, et qui exerçait la juridiction contentieuse. Les évêques, et particulièrement ceux des grands siéges, se voyant accablés d'affaires, s'en déchargèrent sur leurs archidiacres ou sur des prêtres, à qui ils donnèrent une commission révocable à leur gré. On les nomma *vicaires* ou *officiaux*. Depuis on partagea leurs fonctions, et l'on nomma *officiaux* ceux qui avaient la juridiction contentieuse, et *vicaires généraux* ou *grands vicaires* ceux à qui l'évêque avait délégué ou commis la juridiction volontaire.

sionner un mariage qui serait contracté par contrainte; Can. *requisivit*, 17, Extr. *de Sponsal.*

52. Tout le pouvoir du juge d'église se borne à imposer cette pénitence; il ne peut pas statuer sur les dommages et intérêts résultant de l'inexécution des fiançailles : s'il le faisait, il y aurait lieu à l'appel comme d'abus.

Néanmoins, quoique l'official soit incompétent par la nature de l'affaire, pour statuer sur ces dommages et intérêts, il pourrait être compétent par la qualité de la personne à qui ils seraient demandés; *putà*, si un chanoine, simple clerc tonsuré, avait fait des promesses de mariage qu'il refusât d'exécuter, et que la fille à qui il les a faites, l'eût assigné en l'officialité, et y eût conclu en des dommages et intérêts, l'official serait compétent pour y statuer, par la qualité de la personne à qui ils sont demandés, un official étant compétent en matière profane, pour connaître des actions pures personnelles qui sont intentées devant lui contre des ecclésiastiques. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du mois de février 1690, sur les conclusions de M. de Lamoignon, qui fit la distinction que nous faisons [1]. L'arrêt est rapporté au 4e tome du *Journal des Audiences* (liv. 5, ch. 4).

53. Hors ce cas, il faut, pour les dommages et intérêts résultant de l'inexécution des fiançailles, se pourvoir devant le juge séculier du domicile de la partie refusante.

Quoique la question sur la validité des fiançailles ait déjà été examinée et jugée à l'officialité, on ne laisse pas de la discuter de nouveau devant le juge séculier, le jugement de l'official ne pouvant former un préjugé devant le tribunal séculier, qui en est indépendant.

Lorsque le juge trouve l'engagement valable il condamne la partie qui refuse de l'accomplir, à une somme à laquelle il arbitre les dommages et intérêts dus à l'autre partie pour l'inexécution de l'engagement.

Les dépenses que les recherches de mariage ont causées pendant tout le temps qu'elles ont duré, à celui qui se plaint de l'inexécution des fiançailles, et la perte du temps qu'elles lui ont causée, sont les objets les plus ordinaires de ces dommages et intérêts. L'affront que souffre la partie à qui on a manqué de foi, y peut aussi quelquefois entrer, dans le cas auquel il y aurait lieu de craindre qu'il ne pût nuire à son établissement avec quelque autre [2].

54. Le juge, en condamnant la partie qui refuse d'accomplir les promesses de mariage, à une somme pour les dommages et intérêts, ne doit pas ajouter cette alternative, *si mieux n'aime épouser* : cette prononciation est indécente et paraît blesser la liberté des mariages : la Cour l'a défendue par arrêt du 10 mars 1713 (*Journal des Audiences*, t. 6e, liv. 3, ch. 11).

ART. VII. — Des causes qui peuvent décharger de leur engagement les parties qui ont contracté des fiançailles.

55. Il n'est pas douteux que les parties qui ont contracté des fiançailles, peuvent être déchargées de leur engagement, par leur consentement mutuel.

Cela a lieu, quand même les fiançailles auraient été bénites en face d'église : car ce n'est pas la bénédiction qui forme l'engagement; il est formé par le seul consentement des parties, dès avant que la bénédiction soit intervenue; et par conséquent il peut se dissoudre par leur seul consentement, suivant le

[1] Toutes ces distinctions de personnes sont aujourd'hui supprimées.

[2] Dans telles circonstances données il pourrait encore y avoir lieu à des dommages-intérêts, qui auraient leur principe dans le tort réellement causé et non pas dans la validité de l'engagement primitif.

principe commun à tous les contrats consensuels : *Quæ consensu contrahuntur, contrario consensu dissolvuntur.*

Quoique les fiançailles aient été confirmées par serment, elles se dissolvent par le consentement mutuel des parties, sans que ces parties soient tenues de se faire absoudre de leur serment. L'engagement du serment n'étant qu'accessoire à celui des promesses de mariage que les parties se sont faites, celui qui résulte des promesses étant détruit par leur consentement mutuel, celui du serment l'est aussi de plein droit, suivant ce principe de droit : *Quæ accessionum locum obtinent, extinguuntur quùm principales res peremptæ sunt ;* L. 2, ff. *de pen. leg.*

56. Quoique les fiançailles se dissolvent par le consentement mutuel des parties qui les ont contractées, néanmoins lorsque ce sont des mineurs qui les ont contractées de l'autorité de leurs parents ou tuteurs, cette autorité, tant qu'ils sont en puissance d'autrui, est nécessaire pour rompre l'engagement, comme elle l'a été pour le contracter, suivant la règle : *Quæque eodem modò dissolvuntur, quo colligata sunt ;* L. 35, ff. *de Reg. jur.*

57. Ce consentement mutuel de se désister des fiançailles, est censé tacitement intervenu, lorsque les parties ont laissé passer le temps porté par les promesses de mariage, dans lequel elles doivent s'accomplir, sans en avoir requis de part ni d'autre l'accomplissement ; c'est pourquoi le laps de ce temps dissout en ce cas de plein droit les fiançailles ; *Cap.* 22, Extr. *de Sponsal.*

Lorsque les promesses de mariage ne portent aucun temps dans lequel elles devront être accomplies, les empereurs Constance et Constant décident, que si les parties demeurent dans la même province, la fiancée peut impunément se marier au bout de deux ans à un autre : *Si is qui puellam suis nuptiis pactus est, intrà biennium exequi nuptias, in eâdem provinciâ degens supersederit ejusque spatii fine decurso, in alterius conjunctionem puella pervenerit, nihil fraudis ei sit, quæ nuptias maturando vota sua diutiùs eludi non passa est ;* L. 2, Cod. *de Spons.*

Lorsque le fiancé est absent, la fiancée n'est pas obligée d'attendre son retour plus de trois ans ; L. 2, Cod. *de Repud.*

58. Les parties sont surtout censées s'être dégagées mutuellement de leurs fiançailles par un consentement tacite, lorsque par le fait de l'une et de l'autre elles ont contracté un engagement dirimant de leur futur mariage ; comme lorsqu'après avoir contracté des fiançailles avec une veuve qui était grosse d'un posthume, j'ai été depuis, à sa prière, le parrain de l'enfant dont elle est accouchée [1]. V. *infrà*, part. 3.

Il en est autrement, lorsque l'empêchement dirimant a été contracté par le fait seul de l'une des parties ; comme lorsque, depuis les fiançailles, le fiancé a commis fornication envers une parente de la fiancée. La fiancée est bien dégagée envers lui, mais il ne l'est pas envers elle ; et il est obligé, si la fiancée le requiert, d'obtenir à ses dépens dispense de cet empêchement ; sinon il est tenu des dommages et intérêts.

59. Il y a certaines causes pour lesquelles l'une des parties est dégagée de son engagement, sans le consentement de l'autre :

1° Lorsque l'une des parties a manqué à la foi qu'elle avait donnée, l'autre est dégagée envers elle de son engagement.

C'est sur ce fondement qu'il est décidé au chapitre *Quemadmodùm,* Extr. *de Jurejurando,* que si l'une des parties peut prouver que l'autre a commis fornication depuis les fiançailles, elle est dégagée envers elle.

---

[1] **Ce qui formait un engagement pour cause de parenté spirituelle, entièrement étranger à notre législation actuelle, ainsi que celui résultant de la fornication dont Pothier parle immédiatement après.**

Par la même raison, si l'une des parties fiancées contracte mariage, ou même de simples fiançailles avec une autre personne, l'autre partie est dégagée envers elle.

Observez qu'il n'y a que la partie à qui l'autre a manqué de foi, qui soit dégagée de son engagement; celle qui y a manqué, demeure engagée. Par exemple, la partie qui a commis fornication, peut être assignée pour exécuter la promesse de mariage qu'elle a faite.

Celle qui s'est mariée à un autre, contre la foi de son engagement, ne peut pas, à la vérité, tant que ce mariage dure, être assignée pour exécuter la promesse de mariage, puisqu'elle ne peut plus l'exécuter; mais elle peut l'être en paiement des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de sa promesse et même après la dissolution de son mariage qui mettait obstacle à l'exécution de sa promesse, elle est tenue, si elle en est requise, de l'exécuter.

Lorsqu'une fiancée a manqué à sa foi, en commettant fornication avec un autre homme; si, sur mon refus de l'épouser, et faute de preuve de cette cause de dissolution de nos fiançailles, j'ai été condamné envers elle en des dommages et intérêts, elle est obligée dans le for de la conscience, à me restituer la somme qu'elle a reçue pour lesdits dommages et intérêts : car ce n'est que faute de fournir la preuve de son manquement de foi, que j'ai été condamné en ces dommages et intérêts; mais dans la vérité des choses, ayant été dégagé de mon engagement par son manquement de foi, je ne lui en dois point dans le for de la conscience [1].

60. 2° Une partie est dégagée de l'engagement des fiançailles sans le consentement de l'autre, lorsqu'il est survenu quelque chose à la partie avec qui elle les a contractées, qui l'eût certainement empêché de les contracter, si elle l'eût prévu.

Le chapitre *Quemadmodùm*, 25, Extr. *de Jurejurando*, rapporte pour exemple le cas auquel la personne à qui j'ai été fiancé, serait devenue lépreuse ou paralytique, ou aurait perdu les yeux ou le nez.

Il en est de même des autres maladies comme de l'épilepsie. On peut apporter d'autres exemples; comme lorsque la partie avec qui j'ai contracté des fiançailles, a depuis été condamnée à quelque peine infamante; ou bien encore lorsqu'il lui est survenu un renversement de fortune imprévu, qui l'empêche de pouvoir apporter un bien capable de subvenir de sa part aux charges du mariage.

Cette décision a lieu quand même, par les fiançailles, il n'aurait été aucunement question de ce que chacune des parties apporterait en mariage. Elle souffre beaucoup moins de difficulté lorsque par le contrat de fiançailles on a réglé ce que chacune des parties apporterait en mariage; car, en ce cas, je suis censé ne m'être engagé à vous épouser que sous la condition que vous apporteriez en mariage ce que vous avez promis d'y apporter. Le renversement de votre fortune vous mettant hors d'état de l'apporter, je suis déchargé de mon engagement, *quasi ex defectu conditionis*.

Lorsque ma fiancée a été, depuis nos fiançailles, ravie par quelqu'un, quoiqu'elle n'ait pas consenti au rapt, ce rapt me délie de l'engagement des fiançailles : car, quoique je ne puisse pas lui reprocher qu'elle ait manqué à la foi qu'elle m'avait donnée, et que je ne puisse par conséquent me prétendre délié de mon engagement pour cause d'un manque de foi de sa part, je le suis pour une autre cause, qui est que le rapt d'une fille laisse à cette fille une certaine note qui m'eût empêché de contracter des fiançailles avec elle, si je l'eusse prévu.

---

[1] Il est fort heureux que de pareilles questions ne puissent s'agiter devant les tribunaux.

61. 3° Je suis déchargé de l'engagement des fiançailles, non-seulement lorsqu'il est survenu à la personne à qui j'ai été fiancé, quelque chose qui m'eût empêché de les contracter, si je l'eusse prévu; mais encore j'en suis déchargé lorsque c'est à moi qu'il est survenu quelque chose qui m'eût empêché de contracter ces fiançailles, si je l'eusse prévu. Par exemple, s'il m'est survenu quelque infirmité qui ne me permette pas de m'engager dans le mariage, sans courir risque d'endommager ma santé; comme si je suis devenu pulmonique, ou si c'est une infirmité qui me mette hors d'état de gagner ma vie; s'il m'est survenu un dérangement de fortune qui me mette hors d'état de pouvoir supporter les charges du mariage que nous nous étions promis de contracter. Dans ces cas et autres semblables, je suis dispensé de tenir mon engagement de fiançailles, que je n'eusse pas contracté, si j'eusse prévu ce qui est arrivé.

Quid, vice versâ, si après avoir contracté des fiançailles avec une personne dont la fortune était alors égale à la mienne, il m'est depuis survenu une grosse fortune, qui mette une grande disproportion entre ma fortune et celle de ma fiancée, et qui m'eût empêché de contracter avec elle, si je l'eusse prévu? Puis-je en conscience ne la pas épouser, et chercher un autre parti plus considérable, sauf à lui payer les dommages et intérêts résultant de l'inexécution des fiançailles? J'ai été surpris que l'auteur des *Conférences de Paris,* tom. 1[er], p. 181 et 182, ait décidé pour l'affirmative, pendant que le jésuite Sanchez, qui passe pour un casuiste relâché, tient la négative.

La décision du jésuite me paraît sans difficulté. La cupidité qui m'a porté à rechercher une plus grande fortune que celle de ma fiancée, ne peut aux yeux de Dieu, ni même aux yeux des honnêtes païens, paraître une raison valable pour manquer à la foi que je lui ai promise. Si j'ai cru, lors des fiançailles, avoir avec le bien de ma fiancée et celui que j'avais alors, de quoi supporter les charges du mariage que nous nous sommes promis de contracter, à plus forte raison j'ai de quoi les supporter depuis que ma fortune a augmenté; et par conséquent rien ne m'empêche de le contracter.

Les raisons qu'apporte l'auteur des Conférences pour son sentiment, sont des plus frivoles.

Il dit: 1° qu'il est à propos qu'il y ait dans les mariages égalité de fortune, de peur que le plus riche ne méprise l'autre, et que ce mépris ne trouble la paix du mariage. — Je réponds qu'on doit supposer que celui qui consulte sur ce cas est un honnête homme; car, s'il ne l'était pas, il ne consulterait pas, et il ne trouverait aucune difficulté à violer son engagement: mais dès qu'on le suppose honnête homme, on ne doit pas craindre que la disproportion de sa fortune le porte à mépriser sa femme. Il n'y a que de malhonnêtes gens qui soient capables de ces sentiments.

Il dit: 2° Qu'on doit supposer les fiançailles contractées sous la condition qu'il ne surviendra rien de nouveau.—Je réponds qu'on ne doit pas facilement supposer dans les contrats des conditions qui n'y ont pas été exprimées; mais surtout on ne peut pas supposer qu'on ait mis pour condition une chose à laquelle on n'a pas même pensé. On ne doit donc pas supposer dans cette espèce qu'on ait voulu faire dépendre les fiançailles de la condition, « s'il n'arrivait pas une augmentation considérable de fortune à quelqu'une des parties, puisqu'on n'y a pas même pensé [1].»

62. Quoiqu'il ne soit rien survenu de nouveau ni de part ni d'autre, lorsque je viens à découvrir dans la personne avec qui j'ai contracté les fiançailles,

[1] On ne pourra sans doute qu'applaudir à la conduite de celui des fiancés auquel est survenue la fortune s'il suit l'avis de Sanchez et de Pothier; mais heureusement ce ne sont pas là des questions de droit, et nous croyons même que le for intérieur y est très peu intéressé.

quelque sujet qui existait au temps des fiançailles, dont je n'avais pas connaissance, et qui m'eût empêché de les contracter si je l'eusse su, je dois, à plus forte raison, être dégagé de mon engagement. La réticence de la partie avec qui j'ai contracté les fiançailles, est une raison de plus pour rendre mon engagement nul, et de m'en décharger.

On peut apporter pour exemple le cas auquel j'avais ignoré que la fille avec qui j'ai contracté des fiançailles, aurait été reprise de justice, ou se serait laissée abuser par quelqu'un avant les fiançailles.

Il est vrai qu'Innocent III, au chapitre *Quemadmodùm*, ci-dessus cité, décide qu'on ne peut se dispenser de tenir sa promesse à sa fiancée, sur le prétexte qu'elle aurait commis fornication avant les fiançailles; mais la pureté de nos mœurs ne permet pas de suivre cette décision [1].

63. Observez que, si depuis qu'il est survenu quelque chose à ma fiancée, qui fût de nature à me fournir un juste sujet de retirer ma parole; et pareillement si depuis que j'ai découvert pareille chose, que j'ignorais au temps des fiançailles, j'ai néanmoins continué à fréquenter ma fiancée, et à la traiter comme ma fiancée, je deviens par là non recevable à alléguer cette chose pour me faire décharger de mon engagement, étant censé, par cette fréquentation, l'avoir confirmé en pleine connaissance de cause.

Il en est de même dans le cas inverse. Une fiancée qui a continué de recevoir son fiancé depuis qu'il lui est survenu ou qu'elle a reconnu quelque chose, n'est plus recevable à le lui opposer.

64. Selon le droit des Décrétales, l'une des parties peut licitement, sans le consentement de l'autre, manquer à l'engagement des fiançailles, en faisant des vœux solennels de religion, ou en se faisant promouvoir aux ordres sacrés; l'autre partie ne pouvant pas trouver mauvais qu'elle retire la foi qu'elle lui avait donnée, pour l'engager à Dieu.

Je pense que si la partie peut en ce cas licitement manquer à la foi des fiançailles, ce ne doit être qu'à la charge de dédommager l'autre partie des dépenses qu'elles lui ont occasionnées [2].

65. Lorsque l'une des parties a pris l'habit de religion, elle n'est pas dégagée de son engagement, qui n'est que suspendu jusqu'à ce qu'elle ait fait profession; autrement la porte serait ouverte aux fraudes, et il serait au pouvoir d'une fiancée de rompre impunément son engagement, en faisant semblant d'entrer en religion. Mais quoique la partie qui est entrée dans un noviciat, ne soit pas dégagée de son engagement, néanmoins l'autre partie est aussitôt dégagée du sien; car celle qui a pris l'habit de religion, est censée avoir suffisamment par là renoncé aux fiançailles. Van-Espen, *de Sponsal.*, tit. 12, cap. 2, n° 20.

A l'égard des vœux simples que l'une des parties alléguerait avoir faits, ces vœux, n'ayant aucun effet dans le for extérieur, ne peuvent la décharger de son engagement.

---

[1] Il faudrait une grande foi dans l'autorité du pape pour se conformer à la décision d'Innocent III.

[2] Cela paraît fort équitable.

CHAPITRE II.

Des bans de mariage.

66. Le mariage, avant que d'être célébré, doit être précédé de bans.

Le terme de *bans* signifie *publication, proclamation.*

Les *bans de mariage* sont des dénonciations publiques, qui se font aux prônes des églises paroissiales, du mariage que les parties dénommées par lesdites dénonciations entendent contracter, avec injonction à ceux qui sauraient des empêchements audit mariage, de les révéler.

Nous traiterons :—1° de l'antiquité de l'usage des bans de mariage, et de leur nécessité ;—2° de leur forme ;—3° Nous verrons par qui la publication doit s'en faire ;—4° où elle doit être faite ;—5° en quel temps ; —6° de quelles choses le curé doit s'assurer avant que de publier les bans ;—7° Nous traiterons des dispenses de bans ;—8° des oppositions aux bans de mariage.

§ Ier. *De l'antiquité de l'usage des bans de mariage, et de leur nécessité.*

67. L'usage de faire précéder les mariages par des publications de bans, est très ancien dans l'Eglise ; il en est fait mention dans l'épître décrétale du pape Innocent III à l'évêque de Beauvais, vers le commencement du treizième siècle ; où ces mots, *secundùm consuetudinem ecclesiæ Gallicanæ*, se trouvent dans la collection dont Antoine Augustin a donné une édition, et qui ne se trouvent plus dans celle de Raymond de Pegnafort, où cette décrétale est rapportée, cap. 27, Extr. *de Sponsal.*

Innocent III a fait une ordonnance dans le concile de Latran, pour faire observer cet usage dans toute l'Eglise ; cap. *Cùm inhibitio*, Extr. *de Cland. de spons.*

68. Les motifs de cette discipline sont :—1° pour empêcher les mariages clandestins, en rendant les mariages publics par la publication des bans ; —2° pour avoir révélation des empêchements de mariage qui pourraient se rencontrer dans les parties dont on publie les bans.

Tous ceux qui ont connaissance de quelque empêchement, étant avertis par la publication des bans, sont obligés de révéler au curé qui les a publiés, la connaissance qu'ils en ont.

Ils y sont obligés, quand même ils n'en pourraient fournir la preuve ; car le curé qui en est averti, peut, sur les représentations qu'il fera secrètement à la partie, la faire convenir de l'empêchement, et l'engager à renoncer au mariage qu'elle voulait contracter.

69. Le concile de Trente a renouvelé l'ordonnance du concile de Latran. L'ordonnance de Blois a donné force de loi à cet usage. Elle porte, art. 40 : « Pour obvier aux abus qui adviennent des mariages clandestins, avons or« donné que nos sujets ne pourront valablement contracter mariage sans pro« clamations précédentes de bans, faites par trois divers jours de fêtes, avec « intervalle compétent [1]. »

---

[1] *V.* art. 63 et 64, C. civ.

Art. 63 : « Avant la célébration du « mariage, l'officier de l'état civil fera « deux publications, à huit jours d'in« tervalle, un jour de dimanche, de« vant la porte de la maison commune. « Ces publications, et l'acte qui en sera « dressé, énonceront les prénoms, « noms, professions et domiciles des « futurs époux, leur qualité de majeurs

Quoiqu'il semblerait par ces termes : *ne pourront valablement contracter mariage*, que le défaut de publication de bans devrait rendre le mariage nul, néanmoins comme c'est principalement pour obvier à la clandestinité des mariages, que l'ordonnance requiert cette formalité, suivant qu'elle s'en exprime en l'article ci-dessus rapporté, on ne serait pas reçu à attaquer, par le défaut de cette formalité, un mariage dont la publicité ne serait pas contestée, et qui ne serait pas accusé de clandestinité. C'est ce qu'enseignent d'Héricourt, en ses *Lois ecclésiastiques*, 3e part., ch. 5, du *Mariage*, art. 1er, n°21, et plusieurs autres auteurs. Bardet, t, 2, liv. 7, ch. 38, rapporte un arrêt du mois d'août 1638 (du 7) qui a déclaré valable un mariage célébré entre majeurs, sans publication de bans préalable. Il y a un arrêt semblable, du 15 mars 1691, rendu sur les conclusions de M. d'Aguesseau, rapporté au 4e tome du *Journal des Audiences* (liv. 6, ch. 16), quoique, dans l'espèce, le mariage eût commencé *ab illicitis* [1].

« ou de mineurs, et les prénoms, « noms, professions et domiciles de « leurs pères et mères. Cet acte énon« cera, en outre, les jours, lieux et « heures où les publications auront été « faites : il sera inscrit sur un seul re« gistre, qui sera coté et paraphé comme « il est dit en l'art. 41, et déposé, à la « fin de chaque année, au greffe du « tribunal de l'arrondissement. »

Art. 64 : « Un extrait de l'acte de « publication sera et restera affiché à « la porte de la maison commune, pen« dant les huit jours d'intervalle de « l'une à l'autre publication. Le ma« riage ne pourra être célébré avant le « troisième jour, depuis et non com« pris celui de la seconde publication. »

[1] Le Code civil paraît avoir reproduit la doctrine de Pothier, car l'art. 192 qui suppose que *le mariage n'a point été précédé des deux publications requises* (ce qui comprend tout aussi bien le cas où il y aurait défaut absolu de publication, que celui où il n'y en aurait eu qu'une seule) ne prononce point la nullité du mariage; mais établit seulement des peines tant contre l'officier de l'état civil que contre les parties contractantes et ceux sous la puissance desquels elles ont agi ; tandis que l'art. 191 autorise la demande en nullité lorsque le mariage n'a pas été *contracté publiquement* : donc le *défaut de publication* ne constitue pas nécessairement le *défaut de publicité* du mariage. Il faut convenir cependant que les publications préalables sont un des éléments de publicité, et que leur défaut est, comme le dit Pothier, d'un grand poids pour faire déclarer ce mariage clandestin. *V.* art. 191 et 192, C. civ.

Art. 191 : « Tout mariage qui n'a « point été contracté publiquement, et « qui n'a point été célébré devant l'of« ficier public compétent, peut être at« taqué par les époux eux-mêmes, par « les père et mère, par les ascendants, « et par tous ceux qui y ont un inté« rêt né et actuel, ainsi que par le mi« nistère public. »

Art. 192 : « Si le mariage n'a point « été précédé des deux publications re« quises, ou s'il n'a pas été obtenu des « dispenses permises par la loi, ou si « les intervalles prescrits dans les pu« blications et célébrations n'ont point « été observés, le procureur du roi fera « prononcer contre l'officier public une « amende qui ne pourra excéder trois « cents francs ; et contre les parties « contractantes, ou ceux sous la puis« sance desquels elles ont agi, une « amende proportionnée à leur for« tune. »

Cependant l'art. 170 semble exiger, comme condition de la validité du mariage contracté par des Français en pays étranger, que les publications aient eu lieu en France, *pourvu qu'il ait été précédé des publications prescrites*. On comprend que le législateur ait attaché aux publications en France plus d'importance, lorsque le mariage se célèbre en pays étranger, car elles sont alors le seul élément de publicité que le mariage puisse avoir en France. Toutefois la jurisprudence n'est pas encore fixée sur ce dernier point. *V.* art. 170, C. civ.

Art. 170 : « Le mariage contracté en

Mais lorsqu'un mariage est accusé de clandestinité, si la publicité n'est pas bien prouvée, le défaut de publication de ban est d'un grand poids pour le faire déclarer clandestin, et le faire en conséquence priver des effets civils.

Le prêtre qui a célébré le mariage sans s'être fait représenter ou le certificat des proclamations de bans donné par ceux qui ont dû les publier, ou la dispense de bans, accordée par l'évêque ou son grand-vicaire, peut être poursuivi, tant devant son official que devant le juge séculier, et être puni par l'official, par des peines canoniques; et par le juge séculier, par des amendes ou autres peines, suivant l'exigence des cas.

§ II. *De la forme des bans de mariage.*

70. Les bans de mariage doivent contenir les noms, surnoms, qualités et demeures des parties, et les noms et qualités de leurs père et mère [1]; de manière que le peuple qui est assemblé dans l'église où ils se publient, puisse connaître quelles sont les personnes dont on publie les bans de mariage.

Cette publication doit se faire en langue vulgaire, à haute et intelligible voix, de manière que tout le monde l'entende.

§ III. *Par qui doit se faire la publication des bans.*

71. La publication doit se faire par le curé de la paroisse où elle est faite, ou par son vicaire, ou par un prêtre par lui commis. Cette publication étant une fonction curiale, elle ne pourrait pas par conséquent être valable, si elle était faite par un curé primitif, de sa propre autorité. Albert rapporte un arrêt du Parlement de Toulouse, du 3 février 1692, qui a déclaré abusive une proclamation de bans de mariage faite par le doyen de l'église cathédrale d'Agde, en sa qualité de curé primitif de la paroisse établie dans cette cathédrale.

Il a été aussi défendu aux huissiers et autres officiers de justice, de faire des publications de bans, sur le refus du curé. Fevret, *Traité de l'Abus,* liv. 5, chap. 2, n° 24, rapporte un arrêt du 12 mars 1614, qui a condamné un sergent à de grosses peines, pour avoir publié des bans sur le refus du curé. On doit, en cas de refus du curé, l'assigner devant l'official, pour lui enjoindre de les publier; et s'il persiste dans son refus, l'évêque ou son vicaire-général peut commettre un prêtre pour les aller publier dans l'église du curé refusant [2].

§ IV. *Où doit se faire la publication des bans.*

72. Cette publication doit être faite dans l'église paroissiale des parties ; et lorsqu'elles sont de différentes paroisses, elles doivent être faites dans l'église paroissiale de chacune des parties ; c'est-à-dire, dans celle du lieu de leur résidence ordinaire, quand même ce lieu ne serait pas leur vrai domicile de droit, parce qu'ils n'y sont pas pour perpétuelle demeure, mais pour raison de quelque emploi amovible qu'ils y exercent [3].

« pays étranger entre Français, et entre Français et étrangers, sera valable, s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays, pourvu « qu'il ait été précédé des publications « prescrites par l'art. 63, au titre *des* « *Actes de l'état civil* (*V.* p. 27, note 1), « et que le Français n'ait point contre- « venu aux dispositions contenues au « chapitre précédent.» (Art. 144 à 164, *Des qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage*).

[1] *V*, art. 63, C. civ., relatif aux bans de mariage, ci-dessus, p. 27, note 1.

[2] C'est l'officier de l'état civil qui est chargé de faire les publications, et en cas de refus il faudrait l'assigner devant le tribunal de son arrondissement.

[3] *V.* art. 166, C. civ.

Art. 166 : « Les deux publications « ordonnées par l'art. 63, au titre *des* « *Actes de l'état civil* (*V.* p. 27, note « 1), seront faites à la municipalité du « lieu où chacune des parties contrac- « tantes aura son domicile. »

Cet article ne présente aucune diffi-

Lorsqu'une partie a changé de paroisse sans changer de diocèse, s'il n'y a pas six mois entiers qu'elle y demeure, ses bans doivent être publiés non-seulement dans la paroisse de sa nouvelle demeure, mais encore dans la paroisse qu'elle a quittée.

Lorsqu'elle a changé de diocèse, il faut qu'il y ait un an entier qu'elle y demeure, pour être dispensée de faire publier ses bans dans la paroisse qu'elle a quittée [1].

Lorsque les parties sont mineures, leurs bans doivent être publiés non-seulement dans le lieu de leur résidence, qui est leur domicile de fait, mais encore dans celui de la demeure de leurs père, mère, tuteur ou curateur, lieu qu'on appelle à cet égard leur *domicile de droit* [2].

73. Lorsqu'une partie demeure dans le détroit d'une église qui est annexe d'une autre église, c'est l'église annexe qui est sa paroisse, et où ses bans de mariage doivent être publiés : ils ne seraient pas bien publiés dans l'église matrice.

On appelle *église annexe* celle qui est gouvernée par le même curé que celui de l'église matrice, mais qui a un détroit particulier distingué de celui de l'église matrice, et où les fidèles de ce détroit vont recevoir les sacrements, où il y a pour cet effet des fonts baptismaux, et où il y a une fabrique particulière.

---

culté lorsque le domicile de droit est accompagné de la résidence habituelle; mais remarquons que Pothier distingue la *résidence ordinaire* du *vrai domicile de droit*, et qu'il ne paraît exiger les publications qu'au lieu de cette résidence ordinaire. Nous croyons au contraire que l'art. 166 exige les publications,—1° au domicile de droit lors même qu'il ne serait pas la résidence habituelle ;—2° et en outre les publications devront être faites à la résidence ordinaire actuelle, si par sa durée elle est devenue domicile quant au mariage, c'est-à-dire si elle a déjà continué pendant six mois.—L'art. 166 nous paraît exiger les publications là où est le domicile quant au mariage. Or, d'après les art. 165 et 74, C. civ., une personne qui ne réside point à son domicile de droit, peut avoir deux domiciles quant au mariage,—1° le domicile légal ;—2° la résidence continuée pendant six mois dans la même commune.

Art. 165 : « Le mariage sera célébré « publiquement, devant l'officier civil « du domicile de l'une des deux parties. »

Art. 74 : « Le mariage sera célébré « dans la commune où l'un des deux « époux aura son domicile. Ce domi- « cile, quant au mariage, s'établira par « six mois d'habitation continue dans « la même commune. »

[1] L'art. 167, C. civ., porte :
« Néanmoins, si le domicile actuel « n'est établi que par six mois de ré- « sidence, les publications seront faites « en outre à la municipalité du dernier « domicile. »

On voit que cet article ne distingue plus s'il y a changement de paroisse sans changer de diocèse, ou s'il y a changement même de diocèse ou de département. Sa rédaction, du reste assez peu claire, nous paraît comprendre deux hypothèses :—1° changement de domicile réel ; alors le mariage est possible au nouveau domicile, mais à la condition des publications à l'ancien domicile, tant que le nouveau ne sera pas établi par six mois de résidence ;—2° s'il y a simple résidence ; le mariage ne peut être célébré à cette résidence qu'autant qu'elle a au moins six mois de durée : après ce laps de temps il faudra encore, quelleque soit la durée de cette résidence, faire les publications au véritable domicile.

[2] *V.* art. 168, C. civ.

Art. 168 : « Si les parties contrac- « tantes, ou l'une d'elles, sont, relati- « vement au mariage, sous la puissance « d'autrui, les publications seront en- « core faites à la municipalité du do- « micile de ceux sous la puissance des- « quels elles se trouvent. »

Il en est autrement des églises ou chapelles succursales établies pour la commodité des paroissiens éloignés de l'église paroissiale. Les bans ne seraient pas valablement publiés dans la succursale ; ils doivent l'être dans l'église paroissiale [1].

§ V. *En quel temps se fait la publication des bans.*

74. L'ordonnance dit « que les bans seront publiés *par trois divers jours de fêtes, avec intervalle compétent.* »

Elle entend par *jours de fêtes*, tant les dimanches que les autres jours fêtés par le peuple.

Barbosa, dont Van-Espen rapporte le sentiment, pense que les jours auxquels on fait dans la paroisse une fête qui, sans être d'obligation, mais seulement de dévotion, y attire un aussi grand concours qu'aux plus grands jours de fêtes, doivent être compris sous le terme de *jours de fêtes*, et qu'on peut valablement publier en ce jour des bans de mariage.

C'est *intrà missarum solemnia*, c'est-à-dire, au prône de la messe de paroisse, que doivent se publier les bans : la publication serait abusive si elle était faite le soir à vêpres [2].

75. L'ordonnance veut qu'il y ait un intervalle compétent entre les jours que se font les publications.

Cet intervalle est requis principalement afin que ceux qui ont des oppositions à former aux bans, aient le temps de les former.

Il faut aussi que ceux qui auraient connaissance de quelque empêchement, aient le temps de venir à révélation.

L'ordonnance n'ayant pas réglé le temps de cet intervalle, il dépend de l'usage des différents diocèses. Dans plusieurs diocèses, du nombre desquels est le nôtre, il suffit qu'il soit d'un jour.

C'est pourquoi, si après qu'on a fait une première publication le dimanche, il se rencontre une fête au mardi suivant, la seconde publication pourra se faire le mardi ; mais si la fête s'était trouvée le lundi, elle n'aurait pu se faire, faute d'intervalle [3].

§ VI. *Des choses dont le curé doit s'assurer avant de publier les bans de mariage.*

76. Les bans de mariage ne doivent se publier que du consentement des deux parties qui se sont réciproquement promis de s'épouser : c'est pourquoi, si l'une des parties apporte à son curé des bans de mariage à publier, le curé ne doit pas procéder à la publication, sans s'être auparavant assuré que l'autre partie y consent.

Lorsque les parties, ou l'une d'elles, sont enfants de famille, ou en puissance d'autrui, le curé doit, avant que de procéder à la publication des bans, se faire représenter le consentement de leurs père, mère, tuteur ou curateur ; ce consentement étant requis pour la publication des bans, par la déclaration du 26 novembre 1639, art. 1, où il est dit : « La proclamation des bans sera faite par « le curé de chacune des parties contractantes, avec le consentement des père, « mère, tuteur ou curateur, s'ils sont enfants de famille, ou en la puissance « d'autrui [4]. »

---

[1] Ces questions ne peuvent se présenter aujourd'hui, il est facile de déterminer quel est l'officier de l'état civil de telle commune, lors même qu'elle serait composée de plusieurs sections.

[2] L'art. 63, C. civ. (V. ci-dessus, p. 27, note 1), exige qu'elles soient faites deux dimanches consécutifs ; le Code ne prescrit rien sur l'heure, mais la raison dit que c'est à une heure convenable pour atteindre la publicité.

[3] Il faut une semaine d'intervalle.

[4] Aucun article du Code n'a renou-

§ VII. *Des dispenses des bans.*

77. Le roi, en faisant, par l'ordonnance de Blois, une loi qui n'était auparavant qu'un article de discipline ecclésiastique, a bien voulu laisser aux évêques ou à leurs vicaires généraux le pouvoir d'en accorder des dispenses. Les vicaires généraux nommés par les chapitres des cathédrales pour exercer la juridiction épiscopale pendant la vacance du siége, ont le droit d'accorder ces dispenses [1].

On a mis en question, si certains abbés qui sont en possession d'une juridiction quasi-épiscopale dans un certain territoire, ont le droit d'accorder ces dispenses. Fagnan, sur le chapitre *cùm inhibitio*, Extr. *de Cland. desp.* le leur refuse. L'auteur des conférences de Paris cite des exemples d'abbés qui sont en possession de les accorder ; sauf que l'évêque a la prévention ; et lorsque les parties se sont adressées à l'évêque, qui les a refusées, l'abbé ne peut plus les accorder.

Lorsque les parties sont de différents diocèses, la dispense de l'évêque de l'une des parties ne suffit pas ; chacune des parties doit avoir la dispense de son évêque [2].

78. L'ordonnance de Blois a réglé en quel cas il était permis aux évêques d'accorder ces dispenses.

Il est dit en l'art. 40 de cette ordonnance, « qu'on ne pourra obtenir dis-« pense qu'après la première proclamation faite [3] ; et ce seulement pour quel-« que urgente et légitime cause, et à la réquisition des principaux et plus « proches parents des parties contractantes. »

On peut donner pour exemple d'une juste cause de dispense, le cas auquel il y aurait lieu de craindre de la part de quelqu'un, qu'il ne formât par malice une opposition mal fondée, qui différerait le mariage pendant un long temps qui serait nécessaire pour la faire vider : *Si probabilis fuerit suspicio matrimonium malitiosè impediri posse, si tot præcesserint denuntiationes ; Conc. Trid. Sess.* 24, *cap.* 1°.

Il peut y avoir plusieurs autres justes causes de dispense ; *putà*, la gros-

---

velé cette disposition ; elle est regrettable, et il convient que les officiers de l'état civil s'assurent, avant de faire les publications, de l'assentiment des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage.

[1] *V.* art. 169, C. civ.

Art. 169 : « Il est loisible au roi ou « aux officiers qu'il préposera à cet ef-« fet, de dispenser, pour des causes « graves, de la seconde publication. »

Ce sont les procureurs du roi qui sont chargés d'accorder cette dispense.

[2] Art. 3, arrêté du 20 prair. an 11 : « Les dispenses de la seconde publica-« tion de bans, dont est mention dans « l'art.169 (*V.* ci-dessus, p.100, note 1), « seront accordées s'il y a lieu, au nom « du gouvernement, par le procureur « du roi près le tribunal de première in-« stance dans l'arrondissement duquel « les impétrants se proposent de célé-« brer leur mariage : et il sera rendu « compte par le procureur du roi, au « ministre de la justice, des causes « graves qui auront donné lieu à cha-« cune de ces dispenses. »

D'après cet arrêté il ne paraît pas qu'il soit nécessaire du concours des deux procureurs du roi, lorsque les futurs sont domiciliés dans des arrondissements différents. Le droit ancien était plus rationnel, car les deux parties profitant de cette dispense, elle est accordée à l'un et à l'autre et les causes doivent être appréciées du chef des deux futurs : on peut dire cependant que c'est le gouvernement qui accorde réellement la dispense et que le procureur du roi n'agit qu'au nom du gouvernement, dont il est le délégué.

[3] L'art. 169, C. civ. (*V.* ci-dessus, note 1), ne permet également d'accorder dispense que de la seconde publication.

sesse de la fiancée, qui exige l'accélération de la célébration du mariage, pour éviter le scandale d'un accouchement qui arriverait avant ou trop peu de temps après le mariage.

Le cinquième concile de Milan, tenu par saint Charles, décide que la proximité du temps du carême ou de l'avent, n'est pas une cause suffisante pour dispenser de la publication de quelqu'un des trois bans. *Cùm præsertim* (dit le concile) *eo sacro tempore, qui jam matrimonio juncti sunt ab illius usu abstinere potiùs conveniens sit, nedùm sponsos unà conjungi.* Conc. Med. 5, can.

Saint Charles était bien éloigné d'accorder des dispenses pour la célébration du mariage, même dans ces saints temps.

79. La disposition de l'ordonnance, qui ne permet d'accorder des dispenses de la proclamation de quelqu'un des bans, que pour de justes causes n'est guère bien observée.

Celle qui défend de n'en accorder qu'après la première publication, n'est pas non plus observée à la rigueur ; et on tolère que les évêques ou leurs grands vicaires accordent quelquefois la dispense des trois bans : mais ils doivent être très réservés. Par arrêt du 13 juin 1634, rapporté par Bardet, t. 2, liv. 3, ch. 23, il est fait défenses à tous grands vicaires de ne plus accorder dispense des trois bans, sans connaissance de cause, à peine de nullité, et de répondre en leur nom des dépens, dommages et intérêts des parties.

Fevret, en son *Traité de l'Abus*, liv. 5. ch. 2. n° 32, observe, à l'égard des dispenses, qu'il y a lieu à l'appel comme d'abus, lorsque le supérieur ecclésiastique a imposé aux parties plus que ce qui est accoutumé, quand même la somme aurait été applicable en œuvres pies.

80. Il nous reste à observer que les évêques ou leurs vicaires généraux peuvent bien dispenser de faire les proclamations, mais qu'ils n'ont pas le droit de permettre qu'elles soient faites par un prêtre étranger, ni ailleurs qu'en la paroisse des parties : si l'évêque le permettait, il y aurait lieu à l'appel comme d'abus. Fevret, liv. 5, ch. 2, n° 28.

§ VIII. *Des oppositions aux bans.*

81. Les personnes qui prétendent avoir droit d'empêcher le mariage dont on a publié les bans, peuvent former opposition aux bans [1].

Telle est celle qui prétendrait être mariée, ou même seulement fiancée une personne dont on a publié les bans de mariage avec une autre [2].

Ces oppositions sont aussi quelquefois formées par les parents, surtout par les père, mère, tuteurs ou curateurs qui prétendent avoir droit d'empêcher le mariage de l'une des parties [3].

---

[1] C'est plutôt une opposition au mariage, c'est-à-dire à la célébration du mariage, qu'une opposition aux bans.

[2] *V.* art. 172, C. civ.

Art. 172 : « Le droit de former opposition à la célébration du mariage, « appartient à la personne engagée par « mariage avec l'une des deux parties « contractantes. »

Il ne s'agit que de la personne engagée par mariage, et non pas simplement fiancée.

[3] *V.* art. 173, 174, 175, C. civ.

Art. 173 : « Le père, et à défaut du « père, la mère, et à défaut de père et « mère, les aïeuls et aïeules, peuvent « former opposition au mariage de « leurs enfants et descendants, encore « que ceux-ci aient vingt-cinq ans ac- « complis. »

Art. 174 : « A défaut d'aucun ascendant, le frère ou la sœur, l'oncle ou « la tante, le cousin ou la cousine ger- « mains, majeurs, ne peuvent former « aucune opposition que dans les deux « cas suivants : — 1° Lorsque le consen- « tement du conseil de famille, requis « par l'art. 160, n'a pas été obtenu ; « — 2° Lorsque l'opposition est fondée « sur l'état de démence du futur époux :

82. Cette opposition se fait par une signification qui est faite par le ministère d'un huissier ou sergent, au curé qui a publié les bans, par laquelle il est dit qu'un tel est opposant au mariage d'un tel ou d'une telle, dont le curé a publié les bans [1].

L'arrêt de règlement du 15 juin 1691, ordonne qu'à cet effet les curés seront tenus d'avoir un registre où ils transcriront les oppositions, et pareillement les désistements et mainlevées qui en seraient donnés par les parties, ou prononcés par des jugements. Ils doivent faire signer sur leur registre la personne qui donnera la mainlevée; et lorsqu'ils ne la connaissent pas, ils doivent se faire certifier qu'elle est la même personne [2].

L'opposition, quelque mal fondée qu'elle paraisse, doit empêcher le curé de passer à la célébration du mariage, jusqu'à ce qu'il ait été donné mainlevée, ou par la partie opposante, ou par le juge [3].

L'appel interjeté par l'opposant de la sentence qui a donné mainlevée, suspend cette mainlevée, et doit empêcher le curé à qui il est signifié, de passer outre à la célébration [4].

Le curé qui, au mépris de l'opposition à lui signifiée, aurait passé outre à la célébration du mariage, doit, suivant le droit canonique, être puni par l'offi-

---

« cette opposition, dont le tribunal « pourra prononcer mainlevée pure et « simple, ne sera jamais reçue qu'à la « charge, par l'opposant, de provoquer « l'interdiction, et d'y faire statuer dans « le délai qui sera fixé par le jugement. »

Art. 175 : « Dans les deux cas prévus par le précédent article, le tuteur ou curateur ne pourra, pendant « la durée de la tutelle ou curatelle, « former opposition qu'autant qu'il y « aura été autorisé par un conseil de « famille, qu'il pourra convoquer. »

[1] *V.* art. 176, 66, C. civ.

Art. 176 : « Tout acte d'opposition « énoncera la qualité qui donne à l'opposant le droit de la former; il contiendra élection de domicile dans le « lieu où le mariage devra être célébré; il devra également, à moins « qu'il ne soit fait à la requête d'un « ascendant, contenir les motifs de « l'opposition : le tout à peine de nullité, et de l'interdiction de l'officier « ministériel qui aurait signé l'acte « contenant opposition. »

Art. 66 : « Les actes d'opposition au « mariage seront signés sur l'original « et sur la copie par les opposants ou « par leurs fondés de procuration spéciale et authentique; ils seront signifiés, avec la copie de la procuration, « à la personne ou au domicile des « parties, et à l'officier de l'état civil, « qui mettra son *visa* sur l'original. »

[2] *V.* art. 67, C. civ.

Art. 67 : « L'officier de l'état civil « fera, sans délai, une mention sommaire des oppositions sur le registre « des publications; il fera aussi mention, en marge, de l'inscription desdites oppositions, des jugements ou « des actes de mainlevée dont expédition lui aura été remise. »

[3] *V.* art. 68, C. civ.

Art. 68 : « En cas d'opposition, l'officier de l'état civil ne pourra célébrer le mariage avant qu'on lui en « ait remis la mainlevée, sous peine de « trois cents francs d'amende, et de « tous dommages-intérêts. »

[4] L'appel est en général suspensif d'exécution. *V.* art. 457, C. proc.

Art. 457 : « L'appel des jugements « définitifs ou interlocutoires sera suspensif, si le jugement ne prononce « pas l'exécution provisoire dans les « cas où elle est autorisée. — L'exécution des jugements mal à propos qualifiés en dernier ressort ne pourra « être suspendue qu'en vertu de défenses obtenues par l'appelant, à l'audience de la Cour royale, sur assignation à bref délai. — A l'égard des jugements non qualifiés, ou qualifiés en « premier ressort, et dans lesquels les « juges étaient autorisés à prononcer « en dernier ressort, l'exécution provisoire pourra en être ordonnée par « la Cour royale, à l'audience et sur un « simple acte. »

cial, par une suspense de trois ans; cap. *Cùm inhibitio*, Extr. *de Cland. despons.* Il peut aussi en ce cas être poursuivi devant le juge séculier, pour les dommages et intérêts de la partie opposante; mais le mariage n'est pas nul, pour cela seul qu'il a été célébré au mépris de l'opposition, lorsqu'elle n'était pas fondée. D'Héricourt, en son *Traité des Lois ecclésiastiques*, 3e part., ch. 5, tit. du *Mariage*, art. 1, n° 23, en fait une maxime, et il n'y a point de loi qui en prononce en ce cas la nullité. Néanmoins il y a au 4e tome du *Journal des Audiences* (liv. 6, ch. 52), un arrêt du 3 décembre 1691, qui, sur l'appel comme d'abus interjeté par un père, de la célébration du mariage de son fils majeur de trente-deux ans, célébré au mépris de son opposition, a déclaré nul ce mariage, quoiqu'il en eût plusieurs enfants. Les moyens proposés par M. l'avocat général de Lamoignon étaient, qu'il était important pour le public de ne pas souffrir qu'on passât outre à la célébration d'un mariage, au mépris d'une opposition; qu'ainsi le mariage devait être déclaré nul; sauf aux parties, après l'opposition vidée, à le réitérer. J'aurais de la peine à me rendre à la décision de cet arrêt, et à déclarer nul un mariage, pour avoir été célébré au préjudice de l'opposition, lorsqu'il paraît qu'elle n'était pas fondée [1].

83. La partie qui veut avoir mainlevée de l'opposition faite à ses bans de mariage, doit assigner l'opposant devant le juge qui est compétent pour en connaître.

La compétence du juge dépend de la chose qui fait l'objet de l'opposition.

Lorsque l'opposition concerne le lien des fiançailles ou d'un mariage, que la partie opposante prétend avoir contracté avec la partie dont on a publié les bans de mariage avec un autre, c'est au juge d'Eglise que la connaissance en appartient, et devant qui l'assignation doit être donnée; *suprà*, n° 49.

Si l'opposant fournit la preuve qu'il y a effectivement un mariage subsistant entre lui et la partie dont on a publié les bans avec une autre personne, l'official doit alors, en faisant droit sur l'opposition, faire défenses de passer outre au mariage.

Lorsque ce ne sont que des fiançailles qui font le sujet de l'opposition, si l'opposant en fait la preuve, l'official les déclare bonnes et valables, et il exhorte l'autre partie à les accomplir. Si elle persiste en son refus, après lui avoir imposé une pénitence, il prononce la dissolution des fiançailles, et en conséquence fait mainlevée de l'opposition.

Lorsque l'opposition n'est pas trouvée fondée, l'official en prononce la mainlevée; mais il ne peut statuer sur les dommages et intérêts; il y aurait lieu à l'appel comme d'abus, s'il le faisait.

84. Toutes les autres oppositions qui ne concernent pas le lien, telles que celles qui sont faites par le père, la mère ou le tuteur de l'une des parties, sont entièrement de la compétence du juge séculier: il y aurait lieu à l'appel comme d'abus, si le juge d'église s'ingérait d'en connaître [2].

---

[1] L'opinion émise par Pothier, contrairement aux conclusions de l'avocat-général Lamoignon dans l'arrêt de 1691, est évidemment consacrée par le Code, car le chapitre des nullités ne permet pas de déclarer nul un mariage célébré au mépris d'une opposition qui ne serait pas fondée sur un empêchement dirimant. Ainsi, l'opposition, abstraction faite des causes sur lesquelles elle est fondée, n'est aujourd'hui qu'un empêchement prohibitif.

[2] Toutes les questions relatives aux oppositions au mariage doivent être portées devant le tribunal civil. La demande en mainlevée aura lieu ou devant le tribunal du domicile élu dans l'opposition, ou devant celui du domicile de l'opposant, qui devient défendeur à l'action.

TROISIÈME PARTIE.

DES PERSONNES QUI PEUVENT CONTRACTER MARIAGE ENSEMBLE; ET DES EMPÊCHEMENTS DE MARIAGE QUI SE RENCONTRENT DANS LES PERSONNES.

85. Les personnes qui peuvent contracter mariage ensemble, sont celles dans lesquelles il n'y a aucun empêchement de le contracter, ou qui ont obtenu une valable dispense [1].

Dans nos colonies, les esclaves, avec la permission de leurs maîtres, peuvent contracter mariage aussi bien que les personnes libres. Comme ils n'ont pas d'état civil, leurs mariages n'ont à la vérité aucuns effets civils; mais ils ont les effets qui naissent du droit naturel; ils forment une union indissoluble, qu'il n'est pas en leur pouvoir, ni au pouvoir de leurs maîtres de rompre. Nous avons, à ce sujet, un canon d'un concile de Châlons, tenu en l'an 817 : ce canon, qui est le trentième, condamne l'opinion de ceux qui pensaient que les maîtres pouvaient à leur gré rompre le mariage de leurs esclaves : *Non attendentes,* dit ce canon, *illud evangelicum, quod Deus conjunxit, homo non separet; undè visum est nobis ut conjugia servorum non dirimantur, etiam si diversos dominos habeant; sed in uno conjugio permanentes, dominis suis serviant... et hæc ubi legalis conjunctio fuit, et ex consensu dominorum.*

Nous partageons cette partie en quatre chapitres.—Dans le premier, nous rapporterons les divisions générales des empêchements de mariage qui peuvent se rencontrer dans les personnes.—Dans le second, nous parcourrons les diférentes espèces d'empêchements dirimants absolus.—Dans le troisième, nous parcourrons les différentes espèces d'empêchements dirimants relatifs.—Dans le quatrième. nous traiterons des dispenses de ces empêchements.

Nous ne traiterons dans toute cette partie que des empêchements de mariage qui se rencontrent dans les personnes.

Il y a d'autres empêchements qui naissent du défaut de quelqu'une des choses qui sont requises pour la validité des mariages : cette matière sera traité dans la quatrième partie.

CHAPITRE PREMIER.

Divisions générales des empêchements de mariage qui se rencontrent dans les personnes.

86. La principale division des empêchements de mariage qui peuvent se rencontrer dans les personnes, est en ceux qu'on appelle *dirimants,* et ceux qu'on appelle simplement *prohibitifs.*

Les empêchements *dirimants* sont ceux qui rendent nul le mariage de la personne en qui ils se rencontrent lorsqu'elle le contracte.

[1] Tous ceux auxquels la loi ne l'interdit pas peuvent contracter mariage.

Mais si ces empêchements ne surviennent en la personne de l'un des conjoints qu'après son mariage, ils ne peuvent pas, comme nous le verrons *infrà*, dissoudre un mariage valablement contracté. Nous parcourrons les différentes espèces de ces empêchements dans les deux chapitres suivants.

Les empêchements simplement *prohibitifs* sont ceux qui empêchent la personne en qui ils se rencontrent, de contracter *licitement* le mariage, mais qui ne l'empêchent pas de le contracter valablement.

La personne en qui se rencontre cet empêchement, commet un péché en se mariant ; mais son mariage est valable.

87. Le vœu simple de chasteté qu'a fait une personne, tant qu'elle n'en a pas obtenu dispense du supérieur ecclésiastique, est un empêchement de mariage qui n'est que prohibitif. Il n'y a que les vœux solennels de religion qui forment un empêchement dirimant.

C'est pourquoi si une personne qui a fait ce vœu simple, contracte mariage, elle pèche en le contractant ; mais le mariage est valable.

Observez que son vœu de continence subsiste, à l'effet qu'elle ne peut demander le devoir conjugal, ni passer à un autre mariage après la dissolution de celui qu'elle a contracté, sans commettre un nouveau péché. Mais son vœu n'empêche pas qu'elle ne doive rendre le devoir conjugal, lorsqu'elle en est requise : l'engagement qu'elle a contracté envers la personne qu'elle a épousée, à qui elle a donné un pouvoir sur son corps, est à cet égard un engagement plus fort que celui de son vœu, et auquel celui de son vœu doit céder.

C'est la décision de saint Augustin, dans sa lettre au comte Boniface, qui s'était marié après avoir fait vœu de continence : *Certè*, lui dit-il, *ad illam vitam continentiæ non hortarer ; conjux impedimento est, sine cujus consensione vivere non licet* [1].

88. Le lien qui résulte des fiançailles valablement contractées, forme aussi, tant qu'il subsiste, un empêchement de mariage avec toute autre personne que celle à qui on a donné sa foi, qui n'est que prohibitif [2].

89. Il y avait plusieurs autres espèces d'empêchements prohibitifs, qui ne sont plus en usage.

Tant que l'usage de la pénitence publique a subsisté dans l'église, l'état de pénitence publique formait dans la personne qui y avait été soumise, un empêchement de mariage, qui n'était que prohibitif, et qui durait tout le temps que devait durer la pénitence.

Le meurtre de son mari ou de sa femme, et celui d'un prêtre, formaient aussi autrefois dans la personne du meurtrier, un empêchement prohibitif de mariage.

Le mariage contracté avec une religieuse, connue pour telle, formait aussi dans la personne qui l'avait contracté, un pareil empêchement [3].

90. Une autre division des empêchements de mariage qui se rencontrent dans les personnes, est en ceux qui sont *absolus*, et ceux qui sont seulement *relatifs*.

Les *empêchements absolus* sont ceux qui empêchent la personne en qui ils se rencontrent, de contracter aucun mariage, tels que ceux qui résultent du défaut de raison, du défaut de puberté, de la profession religieuse, et les autres, dont nous traiterons au chapitre suivant.

Les *empêchements relatifs* sont ceux qui n'empêchent pas absolument la

---

[1] Nos lois n'admettant plus les vœux, de semblables questions ne peuvent plus s'élever.

[2] Les promesses de mariage, quelque solennelles qu'elles soient, ne formeraient pas même un empêchement prohibitif.

[3] Tous ces empêchements, qui déjà n'étaient plus en usage, sont étrangers à notre nouvelle législation.

personne en qui ils se rencontrent, de contracter aucun mariage, mais qui l'empêchent seulement de contracter mariage avec certaines personnes, tels que sont ceux qui résultent de la parenté, de l'affinité, et autres dont nous traiterons au chapitre troisième.

91. Enfin une autre division des empêchements de mariage qui se rencontrent dans les personnes, est en ceux qui naissent de la nature même du mariage, ceux qui naissent de la loi naturelle et divine, et ceux qui naissent des lois des princes séculiers, ou de la discipline ecclésiastique.

Les empêchements *qui naissent de la nature même du mariage*, sont le défaut de raison, le défaut de puberté et l'impuissance. Le mariage étant un contrat qui, de même que tous les autres contrats, ne peut se former que par le consentement des parties contractantes, il est évident que les personnes qui, n'ayant pas l'usage de la raison, sont incapables de donner un consentement, sont par conséquent incapables de contracter mariage.

Pareillement, le mariage ayant pour fin principale la procréation des enfants, il s'ensuit que le défaut de puberté et l'impuissance rendent incapable de mariage.

Les empêchements *qui naissent de la loi naturelle et divine*, sont ceux qui sont rapportés aux chapitres 18 et 20 du lévitique.

Les autres empêchements naissent des lois des princes, ou de la discipline ecclésiastique.

CHAPITRE II.

Des empêchements dirimants de mariage qui sont absolus.

Les empêchements dirimants de mariage qui se rencontrent dans les personnes, et qui sont absolus, c'est-à-dire, qui empêchent la personne en qui ils se rencontrent, de contracter aucun mariage, sont au nombre de six ;

1° Le défaut de raison;— 2° le défaut de puberté ;— 3° l'impuissance ;—4° un mariage subsistant ; — 5° la profession religieuse ; — 6° l'engagement dans les ordres sacrés. — Nous traiterons de chacun.

Art. Ier. — Du défaut de raison.

92. Il est évident que les personnes qui sont entièrement privées de l'usage de la raison, soit par la folie, soit par imbécillité, sont absolument incapables de contracter mariage, qu'elles sont incapables de donner un consentement qui est de l'essence du mariage, de même que tous les autres contrats[1].

Lorsque la folie d'une personne a des intervalles lucides, cette personne ayant pendant ce temps l'usage de la raison, il n'est pas douteux que le mariage qu'elle contracterait pendant ce temps, serait valable[2].

Observez que, lorsqu'il est justifié que la folie de la personne dont on attaque

---

[1] *V.* art. 146, C. civ.

Art. 146 : « Il n'y a pas de mariage « lorsqu'il n'y a point de consente- « ment. »

[2] Si la personne dont il s'agit n'est point interdite, on peut soutenir que le mariage contracté dans un intervalle lucide est valable ; mais si l'interdiction a été prononcée avant le prétendu mariage, il nous paraît très certain que le mariage est nul, et qu'on ne doit point rechercher si la célébration a eu lieu dans un intervalle lucide ou non ; car tous les actes passés par l'interdit postérieurement à l'interdiction prononcée sont nuls de droit (Art. 502,

le mariage, a commencé avant son mariage, et continué depuis, c'est à la partie qui oppose que la folie avait des intervalles, à justifier de ces intervalles lucides.

On ne doit pas regarder comme une folie qui rende incapable de contracter mariage, celle d'une personne dont l'imagination n'est blessée que sur un point, et qui, sur tout le reste, fait usage de sa raison, telle qu'était cet homme dont parle Horace.

Fuit haud ignobilis Argis
Qui se credebat miros audire tragœdos,
In vacuo lætus sessor plausorque theatro;
Cætera qui vitæ servabat munia recto
More.

93. Il ne faut pas non plus mettre au rang des personnes privées de l'usage de la raison, les sourds et muets de naissance [1]. Ces personnes non-seulement jouissent de leur raison, mais elles font entendre par des signes leurs pensées, et on leur fait pareillement entendre par des signes ce qu'on veut leur faire entendre; c'est pourquoi, pouvant faire entendre le consentement qu'elles donneraient à un mariage, elles ne sont point incapables de le contracter. Innocent III l'a décidé de cette manière, au chap. *Cùm apud,* 22, Extr. *de Spons.*; et la cour l'a jugé par un arrêt du 16 janvier 1658, rapporté par Soefve (t. 2. centurie 1, ch. 82).

ART. II. — Du défaut de puberté.

94. La procréation des enfants étant la fin principale du mariage, c'est une conséquence que ceux qui ne sont pas *habiles* à la génération, et par conséquent *les impubères*, ne sont pas habiles au mariage : *justas nuptias contrahunt masculi quidem puberes, fœminæ verò viripotentes*; Instit. *tit. de Nupt.*

La loi a fixé l'âge auquel la puberté est présumée, à celui de quatorze ans accomplis pour les garçons, et de douze ans accomplis pour les filles; Instit. *eod. tit.*

Une personne, avant cet âge, est présumée *impubère*, et le mariage qu'elle contracterait n'est pas en conséquence valable [2].

C. civ.). L'interdiction, dans nos lois nouvelles, est précisément prononcée pour ne plus être obligé de rechercher, en fait, si telle personne jouissait ou non de ses facultés intellectuelles au moment où tel acte a eu lieu. L'incapacité légale est continuelle et permanente jusqu'à la levée de l'interdiction. Qu'on n'allègue pas l'importance du mariage, car plus les conséquences de ce contrat sont graves et perpétuelles, plus aussi il est nécessaire que les conditions de son existence se trouvent réunies. La loi, en accordant à certains collatéraux le droit de former opposition pour cause de démence du futur époux (Art. 174 et 175, C. civ., *V.* ci-dessus, p. 33, note 3), et en les assujettissant à provoquer l'interdiction et à y faire statuer dans le délai qui sera fixé par le jugement, leur dit assez clairement que, lorsque l'interdiction est prononcée ils n'ont plus à craindre de voir célébrer un mariage valable par l'interdit.

Art. 502 : « L'interdiction ou la nomination d'un conseil aura son effet « du jour du jugement. Tous actes pas- « sés postérieurement par l'interdit, « ou sans l'assistance du conseil, seront « nuls de droit. »

[1] Il faut que le sourd et muet manifeste son consentement par des signes non équivoques, le plus sûr moyen serait par l'écriture.

[2] *V.* art. 144 et 145, C. civ., qui fixent l'âge de puberté.

Art. 144 : « L'homme avant dix-huit « ans révolus, la femme avant quinze « ans révolus, ne peuvent contracter « mariage. »

Art. 145 : « Néanmoins il est loisible « au roi d'accorder des dispenses d'âge « pour des motifs graves. »

Néanmoins si la vigueur avait dévancé l'âge en cette personne, et qu'elle eût donné des preuves de puberté, *putà*, si une jeune fille mariée avant l'âge de douze ans, était devenue grosse, le mariage serait valable : car le défaut de l'âge ne forme un empêchement de mariage qu'autant qu'il forme une présomption de défaut de puberté, mais dans cette espèce, la présomption est détruite par le fait et la preuve que cette jeune personne a donnée de sa puberté.

C'est ce qui a été jugé par un arrêt rapporté par Bouguier, à l'égard d'une jeune veuve d'onze ans neuf mois. Les héritiers du mari avaient attaqué de nullité son mariage, comme fait avant l'âge, et lui avaient contesté toutes ses conventions matrimoniales ; la jeune veuve ayant prouvé qu'elle était grosse, il fut jugé que le mariage était valable, et qu'elle devait en conséquence jouir de son douaire et de ses autres conventions matrimoniales [1].

M. Bouguier rapporte qu'on avait opposé un arrêt contraire; mais il observe que dans l'espèce de l'arrêt opposé, la veuve n'avait pas prouvé la consommation de son mariage.

La décision de l'arrêt rapporté par Bouguier, est conforme à celle du pape Alexandre III, cap. *de Illis*, 9, Extr. *de Desp. imp.*, où, dans l'espèce d'un mariage contracté entre de jeunes personnes au-dessous de l'âge ordinaire de la puberté, le pape dit : *Si ità fuerint ætati proximi, quòd potuerint copulâ carnali conjungi, minoris ætatis intuitu separari non debent, quum in eis ætatem supplevisse malitia videtur* [2].

95. Lorsque, depuis l'âge de puberté survenu, les conjoints ont continué de demeurer ensemble comme mari et femme, cette cohabitation rétablit leur mariage ; il en résulte un nouveau consentement tacite que les parties donnent à leur mariage dans un temps auquel elles sont devenues capables de le contracter. C'est la décision de la loi 4, ff. *de Rit. nupt.* : *Minorem annis duodecim nuptam, tunc legitimam uxorem fore, quum apud virum explesset duodecim annos.* C'est aussi la disposition du chapitre *Attestationes*, 10, Extr. *de Despons. impub.* : enfin c'est la doctrine enseignée par nos auteurs [3]. Fevret, *Traité de l'Abus*, liv. 5, ch. 1, n° 7; Mornac, *ad* L. 4. ff. *de Rit. nupt.*, *etc.*

ART. III. — De l'impuissance.

96. L'impuissance à la génération est aussi, dans la personne en qui elle se rencontre, un empêchement dirimant de mariage, qui la rend incapable de contracter aucun mariage.

Quoique l'union des corps ne soit pas précisément et absolument de l'essence

---

[1] *V.* art. 185, C. civ.

Art. 185 : « Néanmoins le mariage « contracté par des époux qui n'a- « vaient point encore l'âge requis, ou « dont l'un des deux n'avait point at- « teint cet âge, ne peut plus être atta- « qué : — 1° lorsqu'il s'est écoulé six mois « depuis que cet époux ou les époux « ont atteint l'âge compétent ; — 2° lors- « que la femme qui n'avait point cet « âge, a conçu avant l'échéance de six « mois. »

[2] Déclarer un mariage valable par le motif *ætatem supplevisse malitia videtur* est une assez mauvaise raison ; on ne doit pas les déclarer légitimement mariés par punition de leur malice précoce; et l'autre raison *quod potuerint copulâ carnali conjungi* ne vaut pas mieux; ce n'est pas l'aptitude à cet acte charnel qui donne l'aptitude à contracter un engagement dont les conséquences font le bonheur ou le malheur de toute la vie.

V. dans Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. 23, ch. 7, *in fine*, l'odieuse application faite par les espagnols de cette maxime *malitia supplet ætatem.*

[3] Le Code n'admet plus l'action en nullité, lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que les époux ont atteint l'âge compétent.

du mariage, et que les conjoints par mariage puissent, d'un commun consentement, s'en abstenir, néanmoins, comme la procréation des enfants, à laquelle on ne peut parvenir sans cette union des corps, est la fin principale du mariage, il faut, pour être capable de mariage, avoir au moins le pouvoir de parvenir à cette union des corps.

Si les impubères sont regardés comme incapables de contracter mariage, parce qu'ils ne sont pas habiles à la génération, quoiqu'ils doivent un jour le devenir, à plus forte raison les impuissants, qui ne peuvent jamais le devenir, en sont incapables.

97. Pour que l'impuissance soit un empêchement de mariage dans la personne en qui elle se rencontre, il n'importe qu'elle soit de naissance, ou qu'elle lui soit survenue depuis. Par exemple, si, à l'occasion de quelque maladie, il avait fallu couper à une personne quelqu'une des parties nécessaires à la génération, cette amputation la rendrait incapable à l'avenir de contracter mariage.

Mais il n'y a qu'une impuissance perpétuelle et incurable, telle que celle qui résulte de la privation de quelqu'une des parties nécessaires à la génération, qui forme un empêchement de mariage; celle qui n'est que passagère, et dont on peut espérer la guérison, ne rend pas la personne en qui elle se rencontre, incapable de mariage [1].

Quoique la grande vieillesse forme ordinairement, surtout dans les femmes, une impuissance à la génération, néanmoins, comme il y a quelques exemples, quoique très rares, de personnes qui ont eu des enfants dans un âge très avancé, cette espèce d'impuissance n'a pas été regardée comme suffisante pour former un empêchement de mariage : c'est pourquoi les femmes, aussi bien que les hommes, sont, dans la plus grande vieillesse, capables de mariage.

98. L'impuissance est un empêchement dirimant de mariage, lorsque celui-ci existe au temps auquel le mariage se contracte; mais s'il n'est survenu que depuis le mariage, il ne le rompt pas. Voyez sur la preuve de ce vice, ce qui est dit *infrà*.

ART. IV. — De l'empêchement qui résulte d'un mariage subsistant.

99. Un mariage subsistant, dans lequel une personne se trouve engagée, est dans cette personne un empêchement dirimant, qui rend de plein droit nul tout autre mariage qu'elle contracterait avec une autre personne avant la dissolution du premier [2].

Cette espèce d'empêchement est aussi prise, comme les trois autres, dans la nature du mariage. Le mariage, par son institution primitive, a été établi pour être l'union d'un seul homme avec une seule femme, qui doit être si intime, qu'ils ne fassent tous les deux qu'une même chair : *Erunt duo in carne unâ.*

---

[1] Le Code n'a point parlé de l'impuissance au sujet du mariage; seulement l'art. 313, C. civ., que le mari autorise à conclure, par argument *à contrario,* pourrait désavouer pour cause d'impuissance accidentelle; il semble raisonnable d'admettre comme cause de nullité du mariage l'impuissance accidentelle antérieure à la célébration.

Art. 313 : « Le mari ne pourra, en « alléguant son impuissance naturelle, « désavouer l'enfant : il ne pourra le « désavouer même pour cause d'adul- « tère, à moins que la naissance ne lui « ait été cachée, auquel cas il sera ad- « mis à proposer tous les faits propres « à justifier qu'il n'en est pas le père. »

[2] *V.* art. 147, C. civ.

Art. 147 : « On ne peut contracter « un second mariage avant la dissolu- « tion du premier. »

L'homme, par cette union, se donne tout entier à sa femme, comme la femme se donne toute entière à son mari ; or, si l'homme, par le mariage qu'il contracte avec sa femme, se donne tout entier à sa femme, si la femme acquiert par le mariage un droit sur le corps de son mari, l'homme, tant que cette union subsiste, n'est plus maître de son corps ; il ne peut plus en disposer envers une autre femme ; et, par conséquent, il ne peut, tant que la première union subsiste, contracter mariage avec une autre femme. La polygamie est donc contraire à l'institution primitive du mariage, et par conséquent à l'ordre de Dieu et au droit naturel.

Telle était l'idée qu'avaient de la polygamie les pères de l'Eglise. Nous citerons à cet égard Tertullien, qui, en faisant remarquer que ce fut Lamech, petit-fils de Caïn au cinquième degré, qui pratiqua le premier la polygamie, ayant deux femmes à la fois, nous dit qu'il fut maudit de Dieu, ayant en cela violé l'ordre que Dieu avait établi en instituant le mariage : *Primus Lamech à Deo maledictus, duabus maritatus* CONTRA DEI PRÆCEPTUM, *tres in unam carnem effecit*. Tertull., *de Exhort. cast.*, cap. 5.

L'idée de l'institution primitive du mariage, pour être l'union d'un seul homme et d'une seule femme, s'était conservée très long temps, même dans le paganisme. Les Romains avaient en horreur la polygamie, et un bigame encourait de plein droit l'infamie par l'édit du préteur ; L. 1, ff. *de His qui not. infam.*

Les Germains n'avaient aussi qu'une seule femme ; Tacit., *de Mor. German.*

100. Observez qu'il n'est pas néanmoins de l'essence absolue du mariage, qu'il soit l'union d'un homme avec une seule femme ; cela est seulement de l'institution du mariage. Dieu ayant institué le mariage pour être l'union d'un homme avec une seule femme, il n'est pas permis à un homme de s'écarter de cet ordre que Dieu a établi, ni à aucune autorité humaine de l'en dispenser. Mais Dieu, qui a établi le mariage pour être l'union d'un homme avec une seule femme, était le maître d'établir le mariage sans qu'il dût être nécessairement l'union d'un homme avec une seule femme, et de permettre aux hommes d'en avoir plusieurs ensemble. Il est vrai que Dieu ayant destiné le mariage pour être le type et la figure de l'union de son fils avec son Eglise, son unique épouse, il était nécessaire que le mariage fût l'union d'un homme avec une seule femme. Mais Dieu était le maître de ne pas faire servir le mariage à ce type et à cette figure. De même donc que Dieu eût pu, s'il eût voulu, établir dès le commencement le mariage sans qu'il dût être l'union d'un homme avec une seule femme, et permettre à tous les hommes d'avoir plusieurs femmes en même temps ; de même il a pu par la suite permettre, pour des raisons particulières, à certains particuliers, et même à un peuple entier, d'avoir plusieurs femmes : c'est ce qu'il a fait effectivement à l'égard d'Abraham, de Jacob, de David, et de tout le peuple juif. Dieu, qui avait promis à ces saints patriarches de multiplier leur race comme le sable de la mer, leur a permis d'avoir plusieurs femmes à la fois. Abraham a eu en même temps avec sa femme Sara, Agar, sa servante, pour sa femme du second ordre ; le patriarche Jacob a eu en même temps pour femmes et Lia et Rachel, et pour femmes du second ordre, Bala et Zelpha.

Il ne peut être douteux que ces saints patriarches, qui se conduisaient par les inspirations dont Dieu les favorisait, n'aient contracté ces mariages avec plusieurs femmes en même temps avec la permission et l'approbation de Dieu.

Le prophète Nathan reproche à David, entre les bienfaits qu'il avait reçus de Dieu, que c'était Dieu qui lui avait donné, après la mort de Saül, toute la maison de Saül, et les femmes de Saül pour les avoir pour ses femmes : *Dedit tibi domum domini tui, et uxores domini tui in sinu tuo* ; Reg. 11, 12, 8. Puisque c'était Dieu qui avait donné à David les femmes de Saül, pour les avoir pour ses

femmes, c'était donc par l'ordre de Dieu et avec l'approbation de Dieu qu'il les avait en même temps pour ses femmes.

Enfin nous voyons, par ce qui est rapporté de la loi du Deutéronome, ch. 21, vers. 15, 16 et 17, que la loi supposait qu'il était permis aux Israélites d'avoir plusieurs femmes en même temps. Il y est dit : *Si habuerit homo uxores duas, unam dilectam et alteram odiosam, genuerintque ex eo liberos, et fuerit filius odiosæ primogenitus, volueritque substantiam suam inter filios suos dividere, non poterit filium dilectæ facere primogenitum et præferre filio odiosæ*, etc.

Il est dit aux Paralip. 2, 24, 3, que le grand prêtre Joïada fit épouser deux femmes à Joas : *Accepit ei Joïada uxores duas* : ce que n'eût pas fait ce pontife si rempli de l'esprit de Dieu, si la polygamie n'eût pas été alors permise aux Juifs.

101. Tout ce qui vient d'être dit, peut servir à concilier ceux qui soutiennent que la polygamie est contraire au droit naturel, et ceux qui prétendent qu'elle n'y est pas contraire. En considérant dans le mariage son institution primitive, et en prenant pour droit naturel l'ordre que Dieu, auteur de la nature, a établi en instituant le mariage pour être l'union d'un homme avec une seule femme, on peut dire que la polygamie est contraire au droit naturel; mais en considérant le mariage seulement en tant que mariage, et indépendamment de son institution primitive, et en ne prenant pour droit naturel que ces lois invariables du droit naturel, dont il n'est pas possible que la sagesse divine s'écarte jamais, et que saint Thomas appelle *prima præcepta*, on peut dire que la polygamie n'est pas contraire au droit naturel, puisque Dieu dans un temps l'a permise, comme nous l'avons vu [1].

102. Nous ne parlons que de l'espèce de polygamie par laquelle un homme aurait en même temps plusieurs femmes. L'autre espèce de polygamie, qu'on appelle *polyandrie*, a toujours été condamnée, et est évidemment contraire au droit naturel :—1° *Propter perturbationem sanguinis*. Si une femme avait plusieurs maris, on ne pourrait pas savoir quel serait le père des enfants que cette femme mettrait au monde ;—2° il est de l'essence du mariage que la femme soit assujettie à son mari, qu'elle lui obéisse, qu'elle le suive où il voudra demeurer ; mais si une femme avait en même temps deux maris, elle ne pourrait obéir à l'un et à l'autre quand ils lui commanderaient deux choses opposées ; elle ne pourrait les suivre l'un et l'autre, quand ils voudraient demeurer en différents lieux. La polyandrie est donc contraire à la nature du mariage, et au droit naturel.

103. A l'égard de la polygamie par laquelle un homme a plusieurs femmes en même temps, quoique Dieu l'ait permise dans un certain temps, il est indubitable que depuis la promulgation de l'Evangile, elle est défendue. Jésus-Christ, par la loi évangélique, a rappelé le mariage à son institution primitive; il a voulu que le mari et la femme fussent *duo in carne unâ*.

Cette loi ayant élevé le mariage des chrétiens à la dignité de sacrement, et à être le type et la figure de l'union de Jésus-Christ avec son Eglise ; *Sacramentum magnum in Christo et in Ecclesiâ* (Paul, *ad Ephes.*, 5, 32) ; l'Eglise étant une, et l'unique épouse de Jésus-Christ, le mariage des chré-

---

[1] Toutes ces explications de Pothier sont un peu mystiques, et le droit naturel nous paraît étranger à une pareille question. Les publicistes ont établi l'utilité de la loi actuelle par des considérations plus vraies et mieux fondées, il est peu convenable de faire intervenir la divinité tantôt pour permettre, tantôt pour défendre la pluralité des femmes. On serait tenté de dire avec Horace : *Nec Deus intersit nisi dignus vindice nodus inciderit*.

tiens, qui est la figure de cette union, doit être l'union d'un seul homme avec une seule femme.

Jésus-Christ s'étant donné à son Eglise tout entier et sans partage, un mari doit pareillement se donner tout entier à sa femme et sans partage; et c'est un adultère, lorsque du vivant de sa femme il en épouse une autre : *Omnis qui dimittit uxorem suam, et alteram ducit, mœchatur;* Luc. XVI, 18. Il en est de même lorsque, sans renvoyer sa femme, il en épouse une autre : car, quoiqu'il commette un grand péché en renvoyant sa femme, ce n'est pas cela qui le rend adultère, mais c'est parce qu'il s'unit avec une autre femme, du vivant de celle qui demeure toujours sa femme, quoiqu'il l'ait renvoyée.

C'est donc avec raison que le concile de Trente, *sess.* 24, *can.* 2, a frappé d'anathème ceux qui diraient qu'il est permis aux chrétiens d'avoir plusieurs femmes.

Le mariage, tant qu'il n'est pas dissous par la mort de l'une des parties, est donc un empêchement dirimant qui empêche le mari de pouvoir contracter valablement mariage avec une autre femme, et la femme de pouvoir se marier valablement avec un autre homme.

104. Cette décision a lieu, quand même le mariage contracté avant la dissolution du premier, aurait été contracté de bonne foi par l'une des parties, qui aurait un juste sujet de croire que l'autre partie était morte.

Si par la suite l'erreur vient à se découvrir, le second mariage contracté, quoique de bonne foi, avant la dissolution du premier, sera déclaré nul.

On peut apporter pour exemple, le cas auquel la femme d'un soldat, sur des certificats en bonne forme, qui attestaient que son mari avait été tué à une certaine bataille, aurait contracté mariage avec une autre personne. Si son mari, qu'on croyait par erreur avoir été tué à cette bataille, vient à reparaître et à se faire reconnaître, le second mariage que cette femme a contracté, quoique de bonne foi, avec une autre personne, doit être déclaré nul.

Cela a lieu, quelque long temps qu'il y eût que ce premier mari eût disparu, et que le second mariage eût été contracté; car le premier mariage n'ayant pu être dissous que par la mort de l'une des parties, il n'a pas cessé d'être un empêchement insurmontable à la validité du second.

Le fameux Jean Maillard ne s'était représenté qu'après quarante années d'absence. Sa femme ne le reconnaissait plus, ou feignait de ne le plus reconnaître : le mariage qu'elle avait contracté pendant son absence, sur la foi d'un certificat de mort, ne laissa pas d'être déclaré nul. *V.* l'arrêt du 4 août 1670, au 2e tome du *Journal des Audiences* (liv. 9, ch. 5).

Tout l'effet de la bonne foi avec laquelle les parties ont contracté le second mariage, est que, quoiqu'il soit nul, les enfants qui en sont nés, ne sont point réputés bâtards, et qu'en considération de cette bonne foi, ils ont dans les successions de leurs père et mère les mêmes droits qu'ont des enfants nés d'un légitime mariage, comme nous le verrons ailleurs[1].

Quoique le premier mari n'ait pas paru sur les lieux, néanmoins si la femme et son second mari ont, depuis le second mariage, eu des avis de l'erreur du certificat de mort du premier mari, sur lequel le second mariage a été contracté, et que des personnes dignes de foi attestent que le premier mari, qu'on avait cru tué, a depuis été vu dans quelque endroit, les parties dûment aver-

---

[1] *V.* art. 201 et 202, C. civ., qui consacrent les mêmes principes.

Art. 201 : « Le mariage qui a été « déclaré nul, produit néanmoins les « effets civils, tant à l'égard des époux « qu'à l'égard des enfants, lorsqu'il a « été contracté de bonne foi. »

Art. 202 : « Si la bonne foi n'existe « que de la part de l'un des deux « époux, le mariage ne produit les ef- « fets civils qu'en faveur de cet époux « et des enfants issus du mariage. »

ties de l'erreur du certificat, sont, dans le for de la conscience, obligées de se séparer [1].

105. Une personne qui a contracté un premier mariage, ne pouvant pas en contracter valablement un second, tant que le premier n'est pas dissous par la mort de la personne qu'elle avait épousée en premier lieu, c'est une conséquence que, tant qu'elle n'est pas assurée de sa mort, elle ne peut passer à un second mariage : car autrement elle se mettrait dans le risque de commettre un adultère par ce second mariage, dans le cas auquel le premier mariage subsisterait; et, par le risque auquel elle s'exposerait volontairement, elle se rendrait devant Dieu, coupable d'adultère : c'est pourquoi saint Basile, dans son épître canonique à Amphiloque, can. 31, dit : *Quæ quum vir secessit et non apparet, antequàm de ejus morte certior facta sit, cum aliquo cohabitavit, mœchatur.*

Il est vrai que, suivant la disposition de la loi romaine, lorsque l'un des conjoints avait été emmené en captivité, et qu'il s'était écoulé le temps de cinq ans sans qu'on eût eu de ses nouvelles, il était présumé mort, et il était permis à l'autre conjoint de se marier à un autre; L. 6, ff. *de Divort.* Mais l'Eglise n'a jamais permis aux fidèles d'user de cette permission que la loi séculière accordait [2]; et Justinien l'a abrogée par sa Novelle 117, cap. 11.

106. De même qu'il n'est pas permis dans le for de la conscience à une personne qui a contracté un premier mariage, de passer à un second avec un autre, avant qu'elle soit assurée de la mort de la personne avec qui elle a contracté le premier mariage; de même il n'est pas permis à un prêtre, dans le for extérieur, de marier une personne qui l'a déjà été, sans se faire représenter un extrait mortuaire de la personne à qui elle était mariée, ou des certificats équipollents de la mort de cette personne [3].

Cela a lieu, quelque long temps qu'il y ait que cette personne soit absente, et quelques recherches qu'on ait faites sans avoir pu avoir de ses nouvelles, y eût-il plus de trente ou quarante ans. C'est ce que nous apprenons de la décrétale de Clément III, qui est au chap. 19, Extr. *de Sponsal.* Ce pape étant consulté *de mulieribus quæ viros suos captivitatis vel peregrinationis causâ*

---

[1] *V.* art. 139, C. civ.

Art. 139 : « L'époux absent dont le « conjoint a contracté une nouvelle « union, sera seul recevable à attaquer « ce mariage par lui-même, ou par son « fondé de pouvoir, muni de la preuve « de son existence. »

[2] Voici à cet égard comment s'exprime Montesquieu, *Esprit des lois,* liv. 26, ch. 9. « Lorsqu'une femme qui « avait son mari à la guerre n'enten« dait plus parler de lui, elle pouvait, « dans les premiers temps, aisément « se remarier, parce qu'elle avait en« tre ses mains le pouvoir de faire di« vorce. La loi de Constantin voulut « qu'elle attendît quatre ans, après quoi « elle pouvait envoyer le libelle de di« vorce au chef, et, si son mari reve« nait, il ne pouvait plus l'accuser d'a« dultère. Mais Justinien établit que, « quelque temps qui se fût écoulé de« puis le départ du mari, elle ne pou« vait se remarier, à moins que, par « la déposition et le serment du chef, « elle ne prouvât la mort de son mari. « Justinien avait en vue l'indissolubi« lité du mariage, mais on peut dire « qu'il l'avait trop en vue. Il deman« dait une preuve positive, lorsqu'une « preuve négative suffisait : il exigeait « une chose très difficile, de rendre « compte de la destinée d'un homme « éloigné et exposé à tant d'accidents : « il présumait un crime, c'est-à-dire la « désertion du mari, lorsqu'il était si « naturel de présumer sa mort : il cho« quait le bien public en laissant une « femme sans mariage : il choquait « l'intérêt particulier en l'exposant à « mille dangers. »

[3] C'est ce que doit encore faire aujourd'hui l'officier de l'état civil; il doit exiger la preuve du décès.

absentes ultrà septennium fuerint præstolatæ, nec certificari possunt de vitâ aut morte ipsorum, licèt super hoc sollicitudinem adhibuerint diligentem, et pro juvenili ætate, seu fragilitate carnis humanæ, nequeunt continere, petentes aliis copulari, respondit quòd, quantocumque annorum spatio ità remaneant, non possunt ad aliorum consortium canonicè convolare; nec autoritate ecclesiæ permittas contrahere, donec certum nuntium recipiant de morte virorum [1].

Les actes qui font foi de la mort du premier mari, à l'effet que le curé puisse marier la veuve sans se compromettre, sont :

1° Un extrait du registre des sépultures de la paroisse ou de l'hôpital où il est décédé, délivré par le curé ou par le prêtre à ce préposé, et légalisé par le juge.

2° A défaut de cet acte, lorsque le registre a été perdu, ou lorsque par la négligence du curé, l'acte de sépulture n'y a pas été porté, on peut y suppléer par un acte par lequel des personnes dignes de foi ont attesté devant le juge quelque fait justificatif de la mort de ce premier mari; *putà*, qu'elles ont assisté dans un tel lieu à son enterrement. Cet acte expédié en bonne forme par le greffier de la justice, équipolle un extrait mortuaire [2].

Il faut que le fait soit attesté au moins par deux témoins. Si dans des affaires pécuniaires, le témoignage d'un seul témoin n'est pas suffisant pour faire une preuve légitime, *etiamsi præclaræ curiæ honorè præfulgeat;* L. 9, Cod. *de test.;* à plus forte raison il ne doit pas l'être dans une matière de cette importance.

Sanchez pense qu'on peut s'en contenter en un cas; savoir, lorsque le premier mari a passé dans un pays très éloigné, d'où il est extrêmement difficile d'avoir des nouvelles. J'aurais de la peine à admettre cette exception à la règle.

3° Le certificat du major ou du commandant d'un régiment, qui atteste qu'un homme de son régiment a été trouvé parmi les morts à une telle action, est un valable certificat de mort;

4° Le laps d'un temps de cent années et plus, qui s'est écoulé depuis la naissance d'une personne, forme une présomption de droit de sa mort, suivant les lois, qui disent que *is finis vitæ longissimus est* [3]; L. 8, ff. *de Usufr. leg. et alibi.*

107. Ce que nous avons dit jusqu'à présent, qu'un premier mariage dans lequel une personne se trouve engagée, est un empêchement dirimant pour un second qu'elle contracterait pendant que le premier subsiste, n'a lieu que lorsque le premier est valable. S'il était nul, ce qui est nul ne pouvant produire aucun effet: *Quod nullum est, nullum producit effectum*, il ne peut pas former un empêchement dirimant pour un autre mariage. Néanmoins, celui qui a contracté un mariage, quoique nul, ne doit pas être admis à en

---

[1] Les considérations qui terminent le passage ci-dessus rapporté de Montesquieu (*V.* à la page précédente, note 2), sont un peu plus probantes que cette décrétation.

[2] *V.* art. 46, C. civ.

Art. 46 : « Lorsqu'il n'aura pas existé « de registres, ou qu'ils seront perdus, « la preuve en sera reçue tant par « titres que par témoins; et dans ces « cas, les mariages, naissances et dé- « cès, pourront être prouvés tant par « les registres et papiers émanés des « pères et mères décédés, que par té- « moins. »

[3] Il paraît que Pothier aurait dans ce cas permis au conjoint de se remarier, le Code ne contient pas même cette exception. Toutefois, l'art. 139 C. civ. (*V.* ci-dessus, p. 45, note 1), protégera beaucoup de mariages qui auront été contractés sans que la preuve du décès du premier conjoint ait été produite.

contracter un autre avant que d'avoir fait prononcer la nullité du premier [1], ne devant pas s'en rendre lui-même le juge. Mais si dans le fait il en a contracté un autre, celui qu'il a contracté avant que d'avoir fait prononcer la nullité du premier, ne laissera pas d'être jugé valable, si on établit par la suite la nullité du premier. C'est ce qui a été jugé par arrêt du 28 juillet 1691, sur les conclusions de M. de Lamoignon, arrêt qui est rapporté au 4e tome du Journal (liv. 6, ch. 40).

Art. V. — De l'empêchement que forment les vœux solennels.

108. Les vœux solennels de religion forment dans le religieux profès un empêchement dirimant de mariage, qui le rend absolument incapable de contracter aucun mariage. Cet empêchement dirimant est de discipline ecclésiastique, et il n'a pas toujours été dirimant.

Il est vrai que le mariage a toujours été défendu dans l'Eglise aux personnes consacrées à Dieu par des vœux; mais cette défense ne formait qu'un empêchement purement prohibitif; ni la puissance séculière, ni l'Eglise, pendant plusieurs siècles, n'en avaient fait un empêchement dirimant.

A l'égard de la puissance séculière, nous trouvons bien dans le Code une loi de l'empereur Jovien, qui porte la peine de mort contre ceux qui emploient la séduction pour épouser des vierges consacrées à Dieu : *Si quis, non dicam rapere, sed attentare tantùm, jungendi causâ matrimonii, sacratissimas virgines ausus fuerit, capitali pœnâ feriatur;* L. 5, Cod. *de Episc. et Cler.;* mais nous ne trouvons aucune loi qui déclare nuls les mariages contractés librement par ces personnes.

A l'égard de la discipline ecclésiastique, le pape Innocent I, qui occupait le saint siége au commencement du cinquième siècle, regardait comme valable le mariage qu'avaient contracté des vierges consacrées à Dieu ; puisqu'ayant été consulté par Victrice, évêque de Rouen, il lui répond qu'on ne doit les soumettre à la pénitence publique qu'après la mort de leurs maris : *Quæ Christo spiritualiter nupserunt, velari à sacerdote meruerunt, si posteà vel publicè nupserint, vel se clanculò corruperint, non eas admittendas esse ad pœnitentiam agendam, nisi is cui se junxerant, decesserit.* Il ne pouvait y avoir d'autre raison de cette décision, qu'afin de ne les pas soustraire à leurs maris : donc ce pape regardait leur mariage comme valable.

Saint Augustin, en son livre *de bono viduitatis, cap.* 10, dit aussi en termes formels, que le mariage de ces personnes est valable. Il réfute en cet endroit quelques personnes qui, par un zèle peu éclairé, avaient dit que ces mariages étaient des adultères plutôt que des mariages : *Qui dicunt,* dit ce père, *talium nuptias non esse nuptias, sed adulteria, non videntur diligenter considerare quid dicant.... Fit per hanc opinionem non parvum malum, ut à maritis separentur uxores, et quum volunt eas separatas reddere continentiæ, faciunt maritos earum adulteros, quum uxoribus vivis alteras duxerint. Quapropter non possum dicere tales fœminas, si nupserint, adulteria esse non conjugia ; sed non dubitaverim dicere hos lapsus à castitate quæ vovetur Deo, adulteriis esse pejores.*

Depuis, le concile de Calcédoine, tenu en 451, a bien déclaré qu'il n'était pas permis aux personnes consacrées à Dieu par le vœu de religion, de contracter mariage ; mais il ne déclare pas nul le mariage de ces personnes ; il prononce seulement contre elles la peine de l'excommunication: *Si quæ virgo se dedicavit Deo, similiter monachus, non licet eis nuptiis jungi : si verò*

---

[1] *V.* art. 189, C. civ.

Art. 189 : « Si les nouveaux époux « opposent la nullité du premier ma- « riage, la validité ou la nullité de ce « mariage doit être jugée préalable- « ment. »

inventi fuerint hoc facientes, maneant excommunicati ; *statuimus verò eis posse fieri humanitatem, si ità probaverit episcopus loci.* Conc. Chalced. can. 16.

Saint Léon, qui présida à ce concile par ses légats, consulté par Rustique, évêque de Narbonne, sur plusieurs points, répond ainsi à l'article 14 de sa consultation : *Propositum monachi proprio arbitrio susceptum deseri non potest absque peccato ; quod enim quis vovit Deo, debet et reddere ; unde qui relictâ singularitatis professione, ad militiam vel ad nuptias devolutus est, publicæ pœnitentiæ satisfactione purgandus est ; quia etsi innocens militia, et honestum potest esse conjugium, electionem meliorum deseruisse transgressio est.*

Cette lettre est la seconde des lettres de ce pape, dans l'édition du père Quesnel, et la quatre-vingt-douzième dans d'autres éditions. Le pape ne dit pas que le mariage du moine est nul, mais seulement qu'il doit être soumis à la pénitence.

109. L'auteur des conférences de Paris prétend que les vœux de religion ont commencé dès le sixième siècle, au temps de saint Grégoire, à devenir un empêchement dirimant de mariage. Il se fonde en premier lieu sur une lettre de ce pape, qui est la neuvième du septième livre de ses lettres, par laquelle il ordonna à Vitalien, évêque de Séponte dans la Pouille, de faire arrêter par le défenseur de l'Eglise, une religieuse de son diocèse, qui avait quitté l'habit de religion pour reprendre l'habit du siècle, et de la faire enfermer dans un monastère où elle fût soigneusement gardée. Cette lettre n'a aucun rapport à la question, n'étant pas dit dans cette lettre, ni dans la suivante, écrite au défenseur sur le même sujet, que cette religieuse se fût mariée.

Là profession religieuse était-elle au moins, dans le septième siècle, un empêchement dirimant du mariage ?—Cet auteur, pour prouver qu'elle était dès ce temps regardée en Espagne comme empêchement dirimant, cite le canon 52 du quatrième concile de Tolède, tenu en 633 où il est dit : *Nonnulli monacharum egredientes à monasterio, non solùm ad sæculum revertuntur, sed etiam uxores accipiunt ; hi revocati in eodem monasterio à quo exierunt, pœnitentiæ deputentur.* Ce canon ne prononce point la nullité de leur mariage; il dit seulement qu'ayant grièvement péché et causé un scandale en le contractant (ce dont on est toujours convenu), ils doivent être soumis à la pénitence dans le monastère d'où ils sont sortis ; mais il ne dit pas qu'ils ne puissent être rendus à leur femme après le temps de la pénitence passé.

Ce qu'il y a de certain sur la discipline du septième siècle à cet égard, c'est que vers la fin de ce siècle, les vœux n'étaient pas encore regardés en Angleterre comme un empêchement dirimant de mariage ; c'est ce que nous apprenons du pénitenciel de Théodore de Cantorbéry, qui est de ce temps. Il y est dit en l'article 18 : *Si quis maritus votum domino habet virginitatis, adjungatur uxori,* NON DIMITTAT UXOREM, *sed pœniteat tribus annis.*

Il est vrai que Gratien, pour accommoder ce canon à la discipline de son siècle, a ajouté avant *votum* le mot *simplex*; mais les correcteurs romains nous attestent que ce mot *simplex* ne se trouve dans aucun des anciens manuscrits de ce pénitenciel. C'est donc de tous les vœux indistinctement qu'il est dit, par cet article, que l'homme qui, au mépris de son vœu, a contracté mariage, ne doit pas quitter sa femme, et que le vœu ne rend pas nul son mariage.

Nous trouvons dans le huitième siècle un monument qui prouve que la profession religieuse n'était pas encore un empêchement dirimant de mariage.

C'est dans une réponse faite l'an 754, par le pape Etienne II [1], qui était alors en France, sur plusieurs points sur lesquels il avait été consulté : le pape

[1] Ou III; car entre le pape Zacharie et celui-ci, il y avait eu un autre Etienne, qui n'avait survécu que de quatre jours à son élection. (*Note de l'édit. de* 1768.)

répond ainsi, art. 7: *De monachis et nonnis de monasterio fugientibus in Chalcedonensi*, cap. 16, *ità continetur* : *Virginem quæ se Deo consecraverit, similiter et monachum non licere nuptialia jura contrahere* : *quòd si hoc inventi fuerint perpetrantes, excommunicentur; confitentibus autem decrevimus ut habeat auctoritatem episcopus humanitatem misericordiamque largiri.* Il est évident que le pape ne regardait pas ces mariages comme nuls, puisqu'il veut qu'on s'en tienne à cet égard à ce qui avait été ordonné par le concile de Chalcédoine, qui (comme tout le monde en convient) n'avait pas déclaré nuls ces mariages.

110. C'est vers le dixième siècle que l'on commença à regarder, au moins dans quelques provinces, le vœu de religion comme un empêchement dirimant de mariage. Le concile de Troifli, *Trofleianum*, tenu l'an 909, *apud Trofleium in pago Suessonico*, sous le roi Charles le Simple, est formel : il est dit au capitule 8 : *Interdicimus ut nullus Deo devotam virginem, nullus sub religionis habitu consistentem, sivè viduitatis continentiam professam.... illicito connubio aut vi, aut consensu accipiat conjugem*; *quia nec verum poterit esse conjugium, quod à meliori proposito ad deterius, et sub falso momine culpa, incestuosâ pollutione et fornicationis immunditiâ, perpetratur.* Le concile ne pouvait pas dire en termes plus formels, que le vœu de religion doit être réputé un empêchement dirimant, qu'en disant que le mariage contracté par une religieuse, n'est pas un vrai mariage, *nec verum poterit esse conjugium*; et que ce crime, sous un faux nom (de mariage), est une union incestueuse et une fornication; *et sub falso nomine culpa, incestuosâ pollutione et fornicationis immunditiâ, perpetratur.*

Le concile de Tribur en Franconie, tenu quelque temps auparavant l'an 895, est aussi cité pour prouver que la profession religieuse était en ce temps regardée comme empêchement dirimant. Il y est dit, *cap.* 28 : *Si quis sacro velamine consecratam in conjugium duxerit.... præcipimus ut omninò separentur, ut juramento colligentur ulterius, sub uno non cohabitent tecto, nec familiari frui eolloquio, etc.*

Ce canon ne fournit pas une preuve suffisante : il ne déclare pas nul le mariage ; il ordonne une séparation ; ce qui peut s'entendre d'une simple séparation d'habitation.

Dans le douzième siècle, le premier concile de Latran, tenu l'an 1123, sous Calixte II, *can.* 21, dit: *Presbyteris, diaconibus, subdiaconibus et monachis concubinas habere, seu matrimonia contrahere interdicimus, contracta quoque matrimonia ab ejusmodi personis disjungi, et personas ad pœnitentiam debere redigi juxtà sacrorum canonum definitionem, judicamus.*

Il est difficile de ne pas entendre ces termes, *contracta matrimonia disjungi*, de la nullité de ces mariages, et de les entendre d'une simple séparation d'habitation.

111. Enfin le second concile de Latran, tenu l'an 1139, sous le pape Innocent II, lève toute difficulté, et a établi pour règle générale de discipline, que le vœu de religion devait être un empêchement dirimant de mariage. Il est dit au canon 7e : *Statuimus quatenùs episcopi.... regulares canonici, et monachi, atque conversi, professi qui sanctum transgredientes propositum, uxores sibi copulare præsumpserunt, separentur ; hujusmodi namque copulationem quam contra ecclesiasticam regulam constat esse contractam,* MATRIMONIUM NON ESSE CENSEMUS. Et au canon suivant il est dit : *Id ipsum quoque de sanctimonialibus fœminis, si, quod absit, nubere attentaverint, observari decernimus.*

Depuis, cette discipline a toujours été observée dans l'Eglise, et elle a été confirmée par le concile de Trente, qui dit : *Si quis dixerit regulares castitatem solemniter professos posse matrimonium contrahere, contractumque validum esse.... anathema sit* ; sess. 24, *can.* 9.

Ce droit est observé dans les tribunaux séculiers. Nous trouvons dans le recueil de Bardet, t. 1, liv. 3, ch. 115, un arrêt du 17 juillet 1630, qui déclare nul le mariage de Gilberte d'Anglot, sur les conclusions de M. Talon, qui les fondait sur ce que ladite d'Anglot ayant fait profession religieuse, quoiqu'elle eût depuis embrassé le calvinisme, était incapable de mariage.

112. Observez qu'il n'y a que le vœu solennel de religion, qui se fait en prenant l'habit de religion, et en faisant profession dans un ordre religieux, qui soit un empêchement dirimant de mariage; tout autre vœu de continence qu'aurait fait une personne, n'est qu'un empêchement prohibitif. C'est ce que décide le pape Alexandre III: *Si nec habitum suscepit nec professionem, sed solummodò votum fecit..... non est cogendus matrimoniale votum rescindere*; cap. 3, Extr. *Qui voventes, etc.*

Le même pape décide la même chose au chapitre suivant, à l'égard d'une femme qui avait fait vœu de chasteté, en recevant d'un prêtre le voile de religieuse, sans entrer dans le cloître, ni quitter ses biens, et qui s'était depuis mariée.

Le pape Célestin III, au chapitre sixième, *eod. tit.*, dit pareillement, *Quod votum simplex impedit matrimonium contrahendum* (*id est sponsalia de futuro matrimonio contrahendo*) *non dirimit jam contractum.*

Boniface VIII, consulté sur la question: Quel est le vœu qu'on doit appeler solennel, et qui forme un empêchement dirimant de mariage: *Quod votum debeat dici solemne, ac ad dirimendum matrimonium efficax?* répond qu'il n'y a que celui qui se fait par la réception des ordres sacrés, ou par la profession de religion dans un ordre approuvé du saint-siége: *Illud solum votum debere dici solemne, quantùm ad post contractum matrimonium dirimendum, quod solemnisatum fuerit per susceptionem sacri ordinis, aut per professionem expressam, aut tacitam factam alicui de religionibus per sedem apostolicam approbatis*; cap. unic. *de Voto et voti redempt.* in 6°.

113. Ce qui est dit dans cette décrétale de la profession tacite, n'a pas lieu. Nous ne reconnaisons point de *profession tacite*, nous ne reconnaissons d'autre profession que la *profession expresse*, laquelle doit être faite publiquement, et dont il doit être dressé un acte inscrit sur un registre du monastère, destiné à écrire tous les actes de vêture et de profession, et qui doit être signé de la personne qui a fait profession, du supérieur ou de la supérieure qui l'y a reçue, et de deux témoins. Ce n'est que par une expédition de cet acte, qu'on peut prouver la profession religieuse d'une personne, et attaquer son mariage sur le fondement de cette profession. Si néanmoins il était prouvé que les registres ont été perdus par quelque accident, on pourrait admettre la preuve testimoniale.

Il n'y a que les vœux faits dans un ordre religieux approuvé par les lois du royaume comme ordre religieux, qui soient regardés comme vœux solennels de religion, capables de former un empêchement dirimant de mariage. Il n'en est pas de même de ceux qu'on fait dans quelques congrégations et maisons établies par lettres patentes en bonne forme, mais seulement comme communautés ecclésiastiques, et non comme ordres religieux. Telles sont les congrégations et maisons des lazaristes et de la doctrine chrétienne. Les vœux qu'on y fait ne sont regardés que comme vœux simples, et non comme vœux solennels et vœux de religion; et en conséquence ils ne sont point un empêchement dirimant de mariage.

Il en est de même de ceux qu'on fait dans quelques communautés de femmes, qui, quoiqu'elles aient un établissement légal, ne sont pas néanmoins établies comme religieuses.

114. Enfin, pour que les vœux solennels de religion soient un empêchement dirimant de mariage, il faut qu'ils aient été valablement faits. Pour cela, outre qu'ils doivent être faits dans un ordre religieux approuvé, il faut encore que

quatre choses concourent ; — 1° qu'ils aient été faits *publiquement*, et qu'il en ait été dressé un acte, comme nous l'avons dit ;—2° qu'ils aient été faits *librement* ; toute espèce de contrainte qui aurait été employée pour obliger la personne qui les a faits, à les faire, les rend nuls ;—3° comme l'exige l'ordonnance de Blois, art. 28, *qu'ils aient été précédés d'une année entière de probation dans le monastère depuis la vêture* ;—4° enfin, suivant ledit article, *que la personne qui fait profession, ait l'âge de seize ans accomplis.*

A défaut de quelqu'une de ces conditions, la personne qui a fait profession, peut, dans les cinq ans, réclamer contre ses vœux, et se pourvoir pour cet effet, ou par la voie ordinaire devant l'official, ou par la voie de l'appel comme d'abus au parlement. S'il réussit, et que ses vœux soient déclarés nuls, ou par un jugement de l'official, ou par un arrêt de la cour, sur un appel comme d'abus, ils ne pourront plus former un empêchement dirimant de mariage ; *nam quod nullum est, nullum producit effectum* ; et il aura par conséquent la liberté de se marier.

Lorsque le profès a laissé passer les cinq ans sans réclamer contre ses vœux, il y est par la suite non recevable : il est censé les avoir ratifiés par son silence, et en avoir purgé le vice : ils sont en conséquence réputés valables, et sont un empêchement dirimant de mariage[1].

ART. VI. — De l'empêchement qui résulte des ordres sacrés.

115. Les *ordres sacrés*, qui sont la prêtrise (et à plus forte raison l'épiscopat), le diaconat et le sous-diaconat, forment un empêchement absolu qui empêche les personnes qui y sont engagées, de pouvoir valablement contracter mariage depuis leur ordination.

L'empêchement de mariage que forment les ordres sacrés, n'a pas toujours été un empêchement dirimant ; cet empêchement, pendant bien des siècles, n'a été que prohibitif.

La première loi qui a ordonné que les ordres sacrés fussent un empêchement dirimant de mariage, est la constitution de Justinien, qui est en la loi 45 ; Cod. *de Episc. et Cleric.* Avant cette loi, les personnes engagées dans les ordres sacrés, qui contractaient mariage depuis leur ordination, n'encouraient que la peine de la déposition de leur ordre ; leur mariage était valable. Justinien, par cette loi, veut qu'outre la peine de la déposition, leur mariage soit nul, de même que tous ceux qui sont défendus par les lois civiles, et que les enfants nés de ce commerce, soient regardés comme bâtards ; *Quoniam pœna facinoris hujus in solâ erat sacerdotii amissione, sacros autem canones non minùs quàm leges valere etiam nostræ volunt leges, sancimus obtinere in illis quæ sacris canonibus perindè ac si civilibus inscriptum esset legibus.... et præter supradictam excidendi à ministerio pœnam, ne legitimos quidem et proprios esse eos, qui ex hujusmodi inordinatâ constupratione nascuntur, aut nati sunt.*

---

[1] L'assemblée nationale a décrété, le 13 de ce mois (février 1790), et nous voulons et ordonnons ce qui suit :

« Art. 1[er] La loi constitutionnelle du « royaume ne reconnaîtra plus de vœux « monastiques solennels de personnes « de l'un ni de l'autre sexe : déclarons « en conséquence que les ordres et « congrégations réguliers, dans les« quels on fait de pareils vœux, sont « et demeureront supprimés en France, « sans qu'il puisse en être établi de « semblables à l'avenir. »

Lettres patentes du roi du 19 fév. 1790.

« La loi ne reconnaît ni vœux reli« gieux ni aucun engagement contraire « aux droits naturels de l'homme. » (Constitution de l'an III, 5 fructidor, art. 352.)

On voit par là que cet article de Pothier est aujourd'hui sans application.

Denis Godefroi, en une de ses notes sur cette loi, pense que Justinien a abrogé par la suite la peine de nullité de ces mariages; car par ses nouvelles constitutions il se borne à prononcer contre les personnes engagées dans les ordres sacrés, qui se marient depuis leur ordination, la peine de déposition de leur ordre : *Si aliquis presbyter aut diaconus aut subdiaconus posteà ducat uxorem aut concubinam, aut palàm aut occultè, statim suo cadat ordine*; Nov. 6, *cap.* 5. La même chose se trouve Nov. 22, *cap.* 42.

Dans les provinces d'Occident, qui étaient déjà détachées de l'empire au temps de Justinien, et où l'on ne connaissait que le Code Théodosien, nous ne voyons, avant le douzième siècle, ni loi ni canon qui ait prononcé la peine de nullité des mariages contractés par les personnes engagées dans les ordres sacrés, depuis leur ordination,

Au contraire, le concile de Paris, tenu dans le neuvième siècle, l'an 829, sous Louis le Débonnaire et Lothaire son fils, nous fournit une preuve très-claire que le mariage contracté depuis l'ordination, n'était pas encore alors regardé comme nul. Ce concile, au canon 35, ordonne l'observation de celui de Néocésarée, dont il rapporte les termes: *Presbyter* (est-il dit) *si uxorem acceperit, ab ordine deponatur*; *si verò fornicatus fuerit, aut adulterium perpetraverit, ampliùs pelli debet, et sub pœnitentiâ cogi.* Par ce canon, la fornication commise par un prêtre, est distinguée du mariage qu'avait contracté ce prêtre, et est plus grièvement punie : *si verò fornicatus fuerit, ampliùs pelli debet* ; c'est-à-dire, privé de la communion, et réduit pendant un temps à l'état de pénitence. Mais si le mariage contracté par un prêtre depuis son ordination, eût été alors regardé comme invalide, la consommation de ce mariage eût été une fornication ; on n'aurait pas distingué ce mariage, de la fornication : donc, puisqu'on l'en distingue, on le regardait alors comme un véritable mariage ; donc la prêtrise n'était pas regardée alors comme un empêchement dirimant de mariage.

Dans le dixième siècle, le concile d'Ausbourg, tenu l'an 952, de l'ordre et en présence de l'empereur Othon le Grand, où étaient plusieurs évêques d'Allemagne, des Gaules et d'Italie, défend, par le premier de ses canons, le mariage des personnes qui sont dans les ordres sacrés ; mais c'est à peine de déposition de leur ordre : le concile ne déclare pas nul ce mariage : *Si quis episcoporum, presbyterorum, diaconorum et subdiaconorum, uxorem acceperit, à sibi injuncto officio deponendus est, sicut in concilio Carthaginensi tenetur.*

La collection des canons que fit paraître Burchard, évêque de Wormes, qui a occupé ce siége depuis l'an 1008 jusqu'en 1026, nous fournit aussi une preuve qu'il n'y avait point encore alors de loi ni de canon qui eût fait des ordres sacrés, un empêchement dirimant de mariage; car, s'il y en avait eu quelqu'une, cet auteur, qui a recueilli avec soin les canons qui pouvaient instruire de la discipline observée de son temps dans l'Eglise, n'eût pas manqué de l'insérer dans sa collection. Cependant nous trouvons bien dans cette collection, au livre 2, le canon du concile de Néocésarée, qui défend aux prêtres de se marier, à peine de déposition, que nous avons rapporté ci-dessus ; et plusieurs autres canons qui ont rapport à la continence qui doit être observée par les prêtres et les autres ministres des autels; mais nous n'en trouvons aucun qui ait fait des ordres sacrés, un empêchement dirimant de mariage : d'où on peut conclure qu'il n'y avait encore alors aucun canon ni aucune loi qui eût établi cet empêchement. Cet argument, quoique négatif ne laisse pas d'être concluant ; car, il n'est pas vraisemblable que s'il y avait eu quelque loi ou quelque canon qui l'eût établi, il eût échappé à Burchard.

On peut tirer un pareil argument négatif du décret d'Yves de Chartres, qui est ou de la fin du onzième siècle, ou du commencement du douzième.

Nous avons quelque chose de plus positif dans une lettre de ce saint évêque (c'est la deux cent dix-huitième) à Galon, évêque de Paris, qui l'avait consulté sur un de ses chanoines qui s'était marié. Il lui répond que, si pareille chose

était arrivée dans son diocèse, il laisserait subsister le mariage, et se contenterait de faire descendre le coupable à un ordre inférieur.

116. Les ordres sacrés, qui jusqu'au temps d'Yves de Chartres, n'avaient formé qu'un empêchement prohibitif, ne tardèrent pas à former un empêchement dirimant de mariage, comme il paraît par le canon du premier concile de Latran, et bien plus formellement par le canon du second concile de Latran, rapporté *suprà*, en l'article précédent, nos 110 et 111.

Ce droit a depuis été constamment suivi par les décrétales des papes, qui se trouvent dans le corps du droit canonique.

Alexandre III, dans sa décrétale qui est rapportée au chapitre premier, Extr. *de Cleric. conjug.*, répond conformément à la décision du concile, qu'un ecclésiastique qui s'est marié, s'il n'est que dans les ordres mineurs, doit retenir sa femme et perdre ses bénéfices; mais s'il était sous-diacre ou dans un ordre supérieur, il doit être contraint par censures à renvoyer sa femme.

Le même pape, au chapitre 4, Extr. *eod. tit.*, dit que le mariage qu'un prêtre a contracté, n'est pas un véritable mariage : *Sacerdotes qui nuptias contrahunt, quæ non nuptiæ, sed contubernia sunt potiùs nuncupanda, etc.*

Boniface VIII déclare pareillement, *cap.* 1, *de Voto et voti redempt. in* 6° que les ordres sacrés sont un empêchement dirimant de mariage : *Præsentis declarandum dv imus oraculo sanctionis, illud solum votum dici debere solemne, quantùm ad post contractum matrimonium dirimendum, quod solemnisatum fuerit per susceptionem sacri ordinis, vel per professionem, etc.*

Clément V, dans le concile de Vienne, *cap. unic. de Conj. et affin. in Clem.*, met les mariages contractés par les personnes engagées dans les ordres sacrés, au même rang que ceux contractés dans les degrés prohibés de parenté ou d'affinité, et excommunie ceux qui les ont contractés, jusqu'à ce qu'ils se séparent.

Enfin le concile de Trente a prononcé anathème contre ceux qui soutiennent que les personnes engagées dans les ordres sacrés, peuvent contracter mariage, et que leur mariage est valide. Voici ses termes : *Si quis dixerit clericos in sacris ordinibus constitutos, vel regulares castitatem solemniter professos posse matrimonium contrahere, contractumque validum esse, non obstante lege ecclesiasticâ, vel voto.... anathema sit;* sess. 24, *can.* 9, *de reform. matrim.*

Van-Espen dit que ces termes, *non obstante lege ecclesiasticâ, vel voto*, ont été mis dans ce canon pour donner à entendre que le concile n'entendait pas décider la question qui était entre les théologiens, si c'était le vœu de continence tacitement renfermé dans la réception des ordres sacrés, ou seulement la loi ecclésiastique, qui formait l'empêchement.

117. La puissance séculière en France a adopté et confirmé la discipline ecclésiastique à cet égard : les parlements, conformément a cette discipline, regardent les ordres sacrés comme un empêchement dirimant de mariage[1].

---

[1] Aucune de nos lois actuelles ne défend le mariage des prêtres : nous ne connaissons aucun acte de pouvoir législatif qui ait adopté et confirmé la discipline ecclésiastique à cet égard.

Notre nouvelle législation a dégagé le mariage de toute idée religieuse; le mariage, comme contrat et produisant tous les effets civils, est parfaitement distinct du sacrement, à tel point que cette séparation était un principe de droit public et constitutionnel. « *La* « *loi ne considère le mariage que* « *comme un contrat civil.* » C'est sous l'influence de ce principe que le Code a été rédigé : dire le contraire ce serait nier l'évidence.

La loi ne reconnaît point l'efficacité des vœux : nul ne peut aliéner son état et convenir qu'il ne se mariera pas; donc, si le législateur ne défend pas le mariage au prêtre, il ne peut pas se le

Il s'éleva à cet égard une question qui fut portée au Parlement de Paris, en 1640, dans lequel temps l'exercice de la religion calviniste était encore permis en France. La question était de savoir si le mariage qu'un prêtre avait

---

défendre lui-même. Chacun a la liberté la plus complète de changer de croyance et de culte : quel serait donc l'obstacle légal au mariage d'un prêtre ?

Le concordat, ni la loi du 18 germinal an 10, ne suffisent pas pour établir cette prohibition ; car, de ce qu'il est reconnu que la religion catholique, apostolique et romaine est la religion de la grande majorité des Français, ou même de l'Etat, comme le disait la Charte de 1814, il ne faut pas en conclure que toute la discipline romaine est devenue loi française et obligatoire pour les Français.

Qui oserait soutenir que le mariage entre parents collatéraux n'est permis qu'au delà du quatrième degré (ce qui est au delà du huitième d'après le droit civil)? C'est cependant ce que le concile de Latran tenu l'an 1215, a décidé par un motif assez singulier : *quia quatuor sunt humores in corpore, qui constant ex quatuor elementis*. Quel est le juge français qui pourrait annuler un mariage, ou même l'empêcher pour cause de parenté spirituelle? Cependant le concile de Trente en fait, dans certain cas, un empêchement dirimant du mariage.

Nous pourrions pousser bien plus loin cette énumération ; mais ce qui précède est suffisant pour prouver jusqu'à l'évidence qu'il n'a pu entrer dans la pensée des rédacteurs du concordat, de la loi du 18 germ. an 10, ou de la Charte même de 1814, d'admettre comme loi française toutes les règles portées par les conciles sur les empêchements au mariage.

Les art. 6 et 26 de la loi de germ. an 10 sont ainsi conçus : « Il y aura « recours au conseil d'Etat dans tous « les cas d'abus de la part des supé« rieurs ecclésiastiques. Les cas d'abus « sont : l'usurpation ou l'excès de pou« voirs ; la contravention aux lois et « règlements de la république ; l'in« fraction des règles consacrées *par « les canons reçus en France*. Les « évêques ne pourront ordonner au« cun ecclésiastique s'il ne justifie d'une « propriété produisant au moins un « revenu annuel de trois cents francs, « s'il n'a atteint l'âge de 25 ans (ces « deux conditions ont été, l'une rap« portée et l'autre modifiée très peu « utilement par le décret du 28 fév. « 1810), et s'il ne réunit les qualités « requises *par les canons reçus en « France*. » De ces deux textes on a voulu conclure que les canons de l'église, qui défendent le mariage aux prêtres, étaient reçus en France et avaient force de lois. Raisonner ainsi, c'est entièrement méconnaître l'esprit de notre nouvelle législation.

Ces deux textes sont antérieurs à peu près d'une année au titre du mariage qui se trouve dans le Code civil ; or, écoutons l'orateur du gouvernement présentant le projet de loi au corps législatif, et nous ne craignons pas de le dire, c'est celui de tous les conseillers d'Etat qui avait le mieux saisi, sur cette matière délicate, la pensée du gouvernement. « Les philosophes, dit Porta« lis, observent principalement dans le « mariage le rapprochement des deux « sexes ; les jurisconsultes n'y voient « que le contrat civil ; les canonistes n'y « aperçoivent qu'un sacrement, ou « ce qu'ils appellent le contrat ecclé« siastique. »

Après avoir analysé chacune de ces opinions, il définit le mariage : « La « société de l'homme et de la femme « qui s'unissent pour perpétuer leur « espèce ; pour s'aider par des secours « mutuels à porter le poids de la vie, « et pour partager leur commune des« tinée.... Nous ne saurions trop le « dire, la religion dirige le mariage par « sa morale, elle le sanctifie par ses rits ; « mais il n'appartient qu'à l'Etat de le « régler par des lois dans ses rapports « avec l'ordre de la société. Aussi, « c'est une maxime constante, attestée « par tous les hommes instruits, que « les empêchements dirimants ne peu« vent être établis que par la puis« sance qui régit l'Etat.

« ......La loi civile peut donc au-

contracté après avoir embrassé le calvinisme, était valable. On disait en faveur de ce mariage, que le prêtre ayant cessé d'être de la communion romaine, en embrassant le calvinisme, et n'étant plus par conséquent soumis aux lois de la communion romaine, lorsqu'il a contracté ce mariage, ces lois, auxquelles il n'était plus soumis, n'avaient pu mettre un obstacle à son mariage. Néanmoins l'arrêt déclare le mariage nul et abusif. La raison est, que la discipline de l'église, qui défend le mariage des personnes constituées dans les ordres sacrés, à peine de nullité, ayant été reçue et adoptée en France par la puissance séculière, la défense du mariage de ces personnes, à peine de nullité, est une loi de l'État aussi bien que de l'Eglise; d'où il suit que ce prêtre, dans qui la profession du calvinisme n'avait pas effacé sa qualité de prêtre, étant demeuré sujet aux lois de l'Etat, n'avait pu valablement contracter mariage

« jourd'hui ce qu'elle pouvait autrefois, « et elle a dû reprendre l'exercice du « droit d'accorder des dispenses, de- « puis que le contrat de mariage a été « séparé de tout ce qui concerne le sa- « crement.

« Si les ministres de l'église peuvent « et doivent veiller sur la sainteté du « sacrement, la puissance civile est « seule en droit de veiller sur la vali- « dité du contrat. Les réserves et les « précautions dont les ministres de « l'église peuvent user pour pourvoir « à l'objet religieux, ne peuvent, dans « aucun cas ni en aucune manière, in- « fluer sur le mariage même, qui en « soi est un objet temporel.

« C'est d'après ce principe que l'en- « gagement dans les ordres sacrés, le « vœu monastique et la disparité de « culte qui, dans l'ancienne jurispru- « dence, étaient des empêchements di- « rimants, ne le sont plus. Ils ne l'é- « taient devenus que par les lois civiles, « qui prohibaient les mariages mixtes, « et qui avaient sanctionné par le pou- « voir coactif les règlements ecclésias- « tiques relatifs au célibat des prêtres « séculiers et réguliers. *Ils ont cessé « de l'être depuis que la liberté de « conscience est devenue elle-même « une loi de l'Etat*, et l'on ne peut cer- « tainement contester à aucun souve- « rain le droit de séparer les affaires « religieuses d'avec les affaires civiles, « qui ne sauraient appartenir au même « ordre de choses, et qui sont gouver- « nées par des principes différents. »

Il est impossible de s'exprimer plus catégoriquement.

M. Gillet disait aux membres du tribunat : « Vous n'y trouverez aucun de « ces empêchements opposés par des « barrières purement spirituelles, non « qu'elles ne puissent s'élever encore « dans le domaine respecté des con- « sciences; mais elles ont dû disparaître « dans le domaine de la loi, dirigée « par des vues d'un autre ordre. »

Des auteurs, desespérant de trouver une loi positive qui prohibe le mariage des prêtres, soutiennent que, depuis que la France est rentrée dans le giron de l'église, de tels mariages seraient un attentat aux lois fondamentales qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. Ces auteurs oublient sans doute que le concordat est antérieur au Code civil, et que, pour employer leur langage, la France était déjà rentrée dans le giron de l'église lorsque le Code civil a été promulgué. Nous ne pouvons comprendre comment et pourquoi les bonnes mœurs et l'ordre public exigent le célibat des prêtres; ce serait un ordre public un peu récent, car Pothier vient de prouver que jusqu'à la fin du onzième siècle il n'en était pas ainsi. Nous pouvons ajouter que saint Paul est loin d'exiger que les évêques mêmes n'aient pas de famille : *fidelis sermo : si quis episcopatum desiderat, bonum opus desiderat : oportet ergo episcopum irreprehensibilem esse, unius uxoris virum, sobrium, prudentem, ornatum, pudicum, hospitalem, doctorem... Suæ domui bene præpositum, filios habentem subditos cum omni castitate : si quis autem domui suæ præesse nescit, quomodo ecclesiæ dei diligentiam habebit?* Ad Thimot. 1. C. 3.

contre les lois de l'état, qui défendent le mariage des prêtres. Cet arrêt (du 22 août 1640) est rapporté par Soefve (t. 1, centurie 1, ch. 21).

Il ne peut plus y avoir lieu à cette question, n'y ayant plus d'autre religion en France que la religion catholique romaine.

118. Cet arrêt peut servir à la décision d'une autre question qu'on a faite autrefois au sujet d'un sous-diacre qui ayant encouru l'irrégularité par un meurtre qu'il avait commis, s'était depuis marié. La question était de savoir si le mariage qu'il avait contracté depuis qu'il avait encouru l'irrégularité, était valable. La raison de douter était, que le motif qui a porté l'Eglise à obliger les personnes constituées dans les ordres sacrés à garder la continence, et à leur défendre de se marier, étant l'incompatibilité qui paraissait se trouver entre la pureté qu'exigeaient les fonctions sacrées de leur ministère, et l'usage charnel du mariage, l'ecclésiastique étant, par l'irrégularité qu'il a encourue, devenu incapable de ces fonctions sacrées, il devait cesser d'être incapable de contracter mariage. Nonobstant cette raison, le pape Alexandre III, consulté sur cette question, décide que le sous-diacre qu'on disait avoir encouru l'irrégularité par un meutre qu'il avait commis, soit qu'il l'eût commis, soit qu'il ne l'eût pas commis, ne pouvait pas se marier valablement; *cap.* 1, *in fine*, Extr. *de Voto et voti redempt.* La raison est que *Nemo ex delicto suo jus consequi potest.* Un crime qui fait encourir à un ecclésiastique l'irrégularité, ne peut donc lui donner le pouvoir de contracter mariage, qu'il n'a pas.

L'arrêt que nous avons ci-dessus rapporté, vient à l'appui de la décision du pape Alexandre. Si, suivant cet arrêt, un prêtre apostat qui est sorti de l'Eglise par une profession ouverte du calvinisme, continue d'être sujet à la loi qui défend le mariage des prêtres; à plus forte raison, celui qui a seulement encouru l'irrégularité, doit-il y demeurer sujet.

119. Il nous reste à observer que les ordres sacrés sont bien un empêchement dirimant à l'égard du mariage que l'ecclésiastique contracterait depuis sa promotion auxdits ordres; mais ils ne rompent pas celui qu'il a contracté avant sa promotion, quand même il n'aurait pas été consommé. C'est ce qu'a décidé le pape Jean XXII : *Licèt* (dit ce pape) *votum solemnisatum par sacri susceptionem ordinis, quantùm ad impediendum matrimonium contrahendum, ac dirimendum, si post contractum fuerit, secundùm statuta canonum sit efficax reputandum; ad dissolvendum tamen priùs contractum, etiamsi per carnis copulam non fuerit consummatum* (*cùm nec jure divino, nec per sacros canones reperiatur hoc statutum*), *invalidum est censendum. Cap.* 1, *de Voto et voti redempt. in* Extr. *Joan.*

Observez que la personne mariée qui s'est fait promouvoir aux ordres, doit être interdite des fonctions de son ordre [1], et qu'elle n'y peut être rétablie que suivant ce qui est prescrit *infrà*, part. 6, ch. 2, art. 2.

---

[1] Cette interdiction est une toute autre question et qui n'est plus du domaine de la loi civile : la loi reconnaît sans doute le caractère du prêtre, elle y attache quelques immunités, quelques incapacités; mais elle ne lui commande pas de rester dans cet état, la loi voit en lui un citoyen qui peut rentrer dans la vie civile; le prétendu mariage avec son Eglise est quelque chose de trop mystique pour que la loi en ait fait un empêchement. « Le projet proposé, disait M. Gillet dans son « rapport au tribunat, a sur notre ancienne jurisprudence plusieurs avantages, moins par les dispositions qu'il « contient que par celles qu'il n'a pas « dû rappeler. C'est pourquoi vous n'y « trouverez aucun de ces empêchements opposés par des barrières purement spirituelles. » *V.* la note précédente.

CHAPITRE III.

Des empêchements dirimants relatifs, ou de l'incapacité qu'ont certaines personnes de se marier ensemble.

120. Nous appelons *empêchements dirimants relatifs,* ceux qui empêchent deux personnes en qui ils se rencontrent, de pouvoir se marier valablement ensemble, quoiqu'elles puissent se marier à d'autres.

Nous en trouvons neuf espèces :

1° La parenté naturelle;— 2° l'affinité; — 3° la parenté civile; — 4° la parenté spirituelle; — 5° l'empêchement qui résulte de l'honnêteté publique; — 6° l'empêchement qui résulte du rapt et de la séduction; — 7° celui qui est entre l'un des conjoints par mariage, et son adultère ;— 8° celui qui est entre l'un des conjoints par mariage, et le meurtrier de l'autre;— 9° celui qui naît de la diversité de religion.

ART. Iᵉʳ. — De l'empêchement qui résulte de la parenté naturelle.

Nous verrons dans un premier paragraphe, ce que c'est que la *parenté naturelle,* et quelles sont les manières de compter les degrés de parenté.

Nous verrons dans un second paragraphe, quelles parentés forment un empêchement dirimant de mariage, et quels ont été les différents changements de discipline à cet égard.

§ Iᵉʳ. *Ce que c'est que la parenté, et quelles sont les manières de compter les degrés dans les différentes lignes de parenté.*

121. La *parenté naturelle* est la liaison que la nature a mise entre deux personnes qui descendent ou l'une de l'autre, ou d'une souche commune. Ces termes de la définition, *qui descendent l'une de l'autre,* désignent *la parenté de la ligne directe :* ceux-ci, *ou d'une souche commune,* désignent *la parenté de la ligne collatérale.*

122. On appelle *ligne de parenté,* la suite des personnes par lesquelles la parenté est formée entre deux parents.

Il y a deux lignes de parenté, la *directe* et la *collatérale.*

La *ligne directe* est la suite des personnes qui descendent de moi, qu'on appelle *ligne directe descendante;* et celle des personnes de qui je descends, qu'on appelle *ligne directe ascendante.*

Dans la *ligne directe descendante,* sont le fils, le petit-fils, l'arrière-petit-fils : dans l'*ascendante,* sont le père, l'aïeul, le bisaïeul, etc.

La *ligne collatérale* est la suite des personnes par lesquelles l'un des parents est descendu de la souche commune dont son parent est descendu.

123. On appelle *degré de parenté,* la distance qu'il y a entre deux parents, qui se règle par le nombre des générations qui forment leur parenté, de manière qu'on compte autant de degrés qu'il y a de générations.

124. Il n'y a qu'une seule manière de compter les degrés de parenté dans la ligne directe, soit par le droit civil, soit par le droit canonique : on y compte autant de degrés de parenté qu'il y a eu de générations qui l'ont formée.

Par exemple, je suis au premier degré de parenté avec mon fils, parce qu'il n'y a eu qu'une génération qui a formé la parenté que j'ai avec mon fils.—Je suis au second degré de parenté avec mon petit-fils, parce qu'il a fallu deux générations pour former la parenté que j'ai avec lui : il a fallu, 1° que j'aie engendré mon fils; 2° que mon fils ait engendré mon petit-fils.—Je suis au troisième degré de parenté avec mon arrière-petit-fils; car trois générations ont formé la

parenté que j'ai avec lui : 1° j'ai engendré mon fils; 2° mon fils a engendré mon petit-fils; 3° mon petit-fils a engendré mon arrière-petit-fils.—Par la même raison, je suis au quatrième degré avec avec le fils de mon arrière-petit-fils, parce qu'il y a eu quatre générations pour venir de moi à lui; et *sic deinceps* des autres degrés.

Il en est de même dans la ligne ascendante.—Je suis au premier degré de parenté avec mon père, parce qu'une seule génération a formé cette parenté. — Je suis au second degré avec mon aïeul, parce que deux générations ont formé cette parenté : mon aïeul a engendré mon père, et mon père m'a engendré.—Je suis au troisième degré avec mon bisaïeul, parce qu'il y a trois générations de lui à moi : 1° il a engendré mon aïeul; 2° mon aïeul a engendré mon père; 3° mon père m'a engendré; et *sic deinceps* des autres degrés.

125. A l'égard de la ligne collatérale, la manière de compter les degrés suivant le droit canonique, est différente de celle du droit civil.

Suivant la manière du droit civil, pour compter les degrés de parenté en ligne collatérale, il faut compter toutes les générations qu'il y a en montant depuis moi jusqu'à la souche commune, et toutes celles qu'il y a en descendant depuis la souche commune jusqu'à mon parent.

Suivant cette manière de compter, il n'y a point de premier degré de parenté dans la ligne collatérale. La parenté que j'ai avec mon frère, qui est le plus proche parent que je puisse avoir en ligne collatérale, est une parenté au second degré; car il y a une génération pour aller de moi à mon père, qui est notre souche commune; et il y en a une autre pour descendre de mon père à mon frère. Mon père m'a engendré, et mon père a engendré mon frère; cela fait deux générations, et par conséquent deux degrés.

Suivant cette manière de compter, je suis au troisième degré avec mon oncle; car il y a deux générations en montant depuis moi jusqu'à mon aïeul, qui est notre souche commune, et une génération en descendant de mon aïeul à mon oncle; ce qui fait trois générations, et par conséquent trois degrés.

Je suis au quatrième degré avec mon cousin germain; car il y a deux générations en montant depuis moi jusqu'à notre aïeul, qui est notre souche commune; et deux générations en descendant de cet aïeul jusqu'à mon cousin germain; ce qui fait quatre générations, et par conséquent quatre degrés.

Par la même raison, je suis au sixième degré avec mon cousin issu de germain; car il y a trois générations pour monter depuis moi jusqu'à notre bisaïeul, qui est notre souche commune, et trois pour descendre de cette souche commune jusqu'à ce cousin; ce qui fait six générations, et par conséquent six degrés.

Il en est de même des autres degrés.

126. La manière de compter les degrés de parenté, suivant le droit canonique, est différente de celle du droit civil : on n'y compte que les générations de l'un des parents jusqu'à la souche commune; au lieu que suivant le droit civil, on compte les générations des deux parents.

Ou la ligne de parenté est *égale*, ou elle est *inégale*.

La ligne de parenté est *égale*, lorsque l'un et l'autre parent sont dans une distance égale de la souche commune, comme le sont des frères, des cousins germains, des cousins issus de germains, etc.

Elle est *inégale*, lorsque l'un des parents est plus éloigné de la souche commune que ne l'est l'autre, comme dans la parenté qui est entre un oncle et un neveu, entre moi et le fils de mon cousin germain, etc.

Lorsque la ligne est *égale*, on compte les générations qu'il y a depuis l'un des parents seulement jusqu'à la souche commune; il n'importe lequel; et il y a autant de degrés de parenté qu'il y a de générations de ce parent jusqu'à la souche commune.

Par exemple, suivant cette manière de compter, deux frères sont au pre-

mier degré de la parenté collatérale, parce qu'il n'y a qu'une génération depuis l'un des frères jusqu'au père, qui est la souche commune.—Deux cousins germains sont au second degré, parce qu'il y a deux générations depuis l'un de ces cousins jusqu'à l'aïeul, qui est leur souche commune.—Les enfants des cousins germains, que nous appelons *issus de germains*, sont au troisième degré, parce qu'il y a trois générations depuis l'un d'eux jusqu'à leur bisaïeul, qui est leur souche commune.—Les enfants de ces *issus de germains* sont au quatrième degré, parce qu'il y a quatre générations depuis l'un d'eux jusqu'à leur trisaïeul, qui est leur souche commune ; et il en est de même des autres degrés.

Ce que nous venons de dire est renfermé dans cette maxime : *In lineâ collaterali æquali, quoto gradu unaquæque cognatorum persona distat à communi stipite, tot gradibus distant cognati inter se.*

Dans la ligne *inégale*, on ne compte, à la vérité, que les générations qu'il y a depuis l'un des parents jusqu'à la souche commune ; mais on doit les compter depuis celui des parents qui est le plus éloigné de cette souche commune.

Par exemple, suivant cette manière, un oncle et un neveu sont entre eux au second degré de parenté collatérale ; car depuis le neveu, qui est la personne la plus éloignée de la souche commune, jusqu'à son aïeul, qui est le père de l'oncle, et leur souche commune, il y a deux générations, et par conséquent deux degrés.

Par la même raison, un grand-oncle et son petit-neveu sont au troisième degré ; car depuis le petit-neveu jusqu'à son bisaïeul, qui est le père de son grand-oncle, et leur souche commune, il y a trois générations.

C'est ce qui est renfermé dans cette règle : *In lineâ collaterali inæquali, quoto gradu remotior persona distat à communi stipite, tot gradibus distant cognati inter se.*

127. On ne sait pas bien quand a commencé dans l'Eglise cette manière de compter les degrés de parenté pour les mariages, différemment du droit civil. Il est certain qu'elle était inconnue du temps de saint Ambroise, car ce saint docteur, dans sa lettre à Paterne, qui est la soixante-dixième dans l'édition des Bénédictins, pour le dissuader du mariage qu'il voulait faire de son fils avec la nièce de son fils, place, conformément à la manière de compter du droit civil, la parenté de l'oncle avec sa nièce dans le troisième degré, et celle des cousins germains dans le quatrième degré : *Lex divina* (dit-il) *etiam patrueles fratres prohibet convenire, qui sibi* QUARTO *socientur gradu : hic autem* (le degré d'oncle et de nièce, dans lequel Paterne voulait marier son fils) *gradus tertius est, qui etiam civili jure à consortio conjugii exceptus videtur* [1].

Le plus ancien monument qu'on produit de cette manière de compter les degrés de parenté différemment du droit civil, se trouve dans la lettre du pape saint Grégoire à saint Augustin de Cantorbéry, qui a été écrite sur la fin du sixième siècle, ou tout au plus tard au commencement du septième. Par cette lettre, faite pour répondre aux questions de saint Augustin sur la conduite qu'il devait tenir à l'égard des nouveaux chrétiens d'Angleterre, ce pape, sur la question de savoir à quel degré de parenté les mariages devaient leur être permis, s'exprime ainsi : *Quædam terrena lex in Romanâ Republicâ permittit, ut sive fratris, sive sororis, seu duorum fratrum germanorum, vel duarum sororum filius et filia misceantur; sed experimento didicimus, ex tali*

---

[1] Pour que les cousins germains (*fratres patrueles*) se trouvent au quatrième degré, et l'oncle et la nièce au troisième, il est bien évident qu'il faut compter les générations des deux côtés et les réunir.

conjugiò sobolem non posse succressere[1], *et sacra lex prohibet cognationis turpitudinem revelare : undè necesse est ut jam tertia vel quarta generatio fidelium licenter sibi jungi debeat; nam secunda quam diximus, à se omnimodò debet abstinere.* Elle est au tome 2 de l'édition des Bénédictins, page 1129.

Les cousins germains, entre lesquels saint Grégoire veut que le mariage soit défendu, sont placés dans le second degré, suivant la manière de compter du droit canonique d'aujourd'hui, différente de celle du droit civil, qui les place dans le quatrième.

Les Anglais qui avaient été convertis à la foi par saint Augustin de Cantorbery, disciple de saint Grégoire, comptaient de cette manière les degrés de parenté pour les mariages. Le canon 13 du Pénitentiel de Théodore de Cantorbéry, qui est de la fin du septième siècle, s'exprime ainsi : *In tertiâ propinquitate carnis, secundùm Græcos licet nubere, in quintâ secundùm Romanos*, etc.

Il est visible que Théodore ne compte pas à la manière du droit civil, selon laquelle le troisième degré est celui de l'oncle et de la nièce, de la tante et du neveu; car le mariage n'était pas permis chez les Grecs dans ce degré. Ces termes, *in tertiâ*, ne peuvent s'entendre que des cousins issus de germains, selon la manière de compter du droit canonique.

128. Cette manière de compter les degrés de parenté différemment du droit civil, ne s'était pas établie partout en même temps; dans le milieu du septième siècle on les comptait encore en Espagne suivant le droit civil. Nous trouvons dans le décret de Gratien, caus. 35, q. 5, can. 6, un morceau tiré d'Isidore, archevêque de Séville, qui florissait en ce temps, où Isidore, en faisant l'énumération des différents degrés de parenté, les compte suivant la manière de les compter du droit civil.

129. A l'égard de la France, nous trouvons, vers le milieu du huitième siècle, un monument qui nous paraît prouver que l'on y comptait déjà en ce temps les degrés de parenté pour les mariages, à la manière du droit canonique. C'est le premier canon du concile de Compiègne, tenu l'an 757, sous le roi Pépin, et qui est rapporté parmi les capitulaires et ordonnances de ce prince. Il y est dit : *Si in quartâ progenie reperti fuerint conjuncti, non separamus; in tertiâ separantur, et eos qui unus in quartâ et alius in tertiâ sibi pertinent, et conjuncti inveniuntur, separamus.* Il est évident que par ce canon les degrés sont comptés à la manière du droit canonique : car selon la manière de compter du droit civil, qui compte les générations des deux parents, on ne dirait pas si l'un est au trois et l'autre au quatre; mais on dirait s'ils sont au septième.

130. Dans le onzième siècle, quoique la manière de compter les degrés de parenté pour les mariages, selon le droit canonique, différemment du droit civil, fût depuis longtemps établie dans l'Eglise, il y avait encore bien des personnes attachées à l'ancienne manière de compter les degrés de parenté, conformément au droit civil, qui ne voulaient pas s'en départir. Cela excita de grandes disputes dans ce siècle.

Il s'était établi dans ce temps-là une discipline qui étendait la défense des mariages, pour cause de parenté, jusqu'au septième degré de parenté. Ceux qui étaient demeurés attachés à la manière de compter les degrés de parenté suivant le droit civil, bornaient cette défense au degré de cousin issu de germain, avec l'enfant de son cousin issu de germain, qui fait le septième degré,

---

[1] Nous ignorons s'il en était ainsi au temps de saint Grégoire, mais il est certain que l'expérience prouve aujourd'hui le contraire, et nous sommes disposés à croire que ce grand pape n'est pas meilleur historien que prophète.

suivant la manière de compter du droit civil; et ils permettaient les mariages entre les enfants des cousins issus de germains, qui sont dans le huitième degré, suivant la manière de compter du droit civil.

Au contraire, ceux qui comptaient les degrés de parenté suivant la nouvelle manière de les compter, étendaient beaucoup plus loin la défense des mariages pour cause de parenté; ils plaçaient, suivant cette nouvelle manière de compter les degrés, les personnes qui descendaient d'un sixième aïeul commun, dans le septième degré de parenté; et ils étendaient jusqu'à ce degré inclusivement la défense des mariages.

Alexandre II, qui était monté sur le saint-siége en 1061, écrivit sur cette question une lettre décrétale au clergé de Naples, par laquelle il décide, conformément à la nouvelle manière qui s'était introduite de compter les degrés, qu'on ne doit compter les générations qui forment les degrés de parenté, que de l'un des deux parents, jusqu'à la souche commune, et non pas les générations des deux parents (suivant la manière de compter du droit civil). Il traite ceux qui (selon la manière de compter du droit civil) comptaient les générations des deux parents, de gens assis dans la chaire de pestilence [1] : *Sedentes in cathedrâ pestilentiæ distant jura quæ nesciunt; namque, ut fertur, ità generationes à duobus fratribus altrinsecùs prodeuntes enumerant, ut eorum invicem filios quartam, nepotes sextam, pronepotes octavam generationem esse perhibeant. Hoc itaque modo unumquemque generationis gradum, qui unus procul dubio dicendus est, dividunt*, etc.

Ce pape, ensuite, pour prouver qu'on ne doit compter les générations que de l'un des parents, tire un fort mauvais argument d'un endroit de la Genèse, où il est dit que Joseph vit jusqu'à la troisième génération la postérité qui lui était provenue de ses enfants Ephraïm et Manassès : car ce n'est que pour la parenté collatérale qu'on dit qu'on doit compter les générations des deux parents. L'endroit de la Genèse, cité par le pape, parlant de la postérité de Joseph, que ce patriarche a vue de son vivant, et par conséquent d'une parenté de la ligne directe, n'a aucune application à la parenté qui est entre des parents collatéraux, ni à la manière dont les degrés doivent se compter dans la ligne collatérale. Enfin il autorise sa décision par le texte de la lettre du pape saint Grégoire à saint Augustin de Cantorbéry, que nous avons rapporté *suprà*, n° 127.

Cette décrétale est la vingt-septième des lettres de ce pape, qui sont rapportées au tome 9 des conciles du père Labbe.

En 1065, le pape Alexandre II assembla à Rome, sur cette question, deux conciles consécutifs, qui sont le second et le troisième concile romain, rapportés au tome 9 des mêmes conciles.

La constitution que ce pape fit dans le premier de ces conciles, c'est-à-dire dans le second concile romain, au palais de Saint-Jean-de-Latran, est rapportée dans le décret de Gratien, *caus.* 35, *quæst.* 5, Can. 2.

Par cette constitution qui est adressée à tous les évêques et à tous les juges d'Italie, il défend, sous peine d'excommunication, de compter les degrés de parenté pour le mariage, suivant la manière dont les lois civiles les comptent pour les successions. Il apporte cette raison de la différence qu'il doit y avoir entre la manière de compter les degrés pour les successions, et celle de les compter pour les mariages : *Quia*, dit-il, *hæreditates nequeunt deferri, nisi de unâ ad alteram personam, idcircò curavit secularis imperator in singulis*

---

[1] Voilà une bonne sentence contre les rédacteurs du Code civil, contre ceux qui l'enseignent, et contre les magistrats qui doivent l'appliquer !

personis, singulos præfigere gradus; quia verò nuptiæ sinè duabus non valent fieri personis, ideò sacri canones duas in uno gradu constituêre personas[1].

Ceux qui furent réfractaires à ces constitutions, et qui s'obstinèrent à vouloir compter les degrés de parenté pour les mariages, suivant la manière du droit civil, furent regardés comme hérétiques. On appela leur opinion *l'hérésie des incestueux*, parce qu'en réputant pour le septième degré de parenté, suivant la manière de compter du droit civil, celui d'un cousin issu de germain, avec les enfants de son cousin issu de germain, ils permettaient les mariages entre les enfants des cousins issus de germain, et dans les degrés suivants, que ceux qui comptaient les degrés différemment, regardaient comme incestueux.

121. Entre ceux qui comptaient les degrés différemment du droit civil, il y avait une différence : on les comptait le plus communément comme nous les comptons aujourd'hui selon le droit canonique, en comptant les frères pour le premier degré de la parenté collatérale, les cousins germains pour le second, les issus de germain pour le troisième, etc. Mais dans quelques Eglises on commençait à compter les degrés de la parenté collatérale par les enfants des frères, c'est-à-dire, par les cousins germains, qu'on plaçait dans le premier degré. On pensait que les frères et sœurs, étant comme les souches d'où descendaient les différents degrés de parenté, ils ne devaient pas être comptés pour un degré; *quia*, dit Alexandre, en rapportant cette manière particulière à quelques Eglises, *fratres, quasi quidam truncus ex quo cæteri ramusculi nascuntur*, eod. Can. 2.

C'était une fort mauvaise raison; car il est évident que ce ne sont pas les frères, mais que c'est le père, d'où descendent les frères eux-mêmes, qui fait la tige et la souche de la parenté[2].

---

[1] Cette raison est de la même force que celle que le concile de Latran tire des quatre humeurs : *quia sunt in corpore quatuor humores qui constant ex quatuor elementis !*

[2] De telles observations seraient incompréhensibles, si on n'en connaissait pas la véritable cause, que les papes toutefois se gardent bien d'énoncer.

Le Code, se conformant au droit romain et à la raison, compte les degrés par le nombre des générations des deux côtés. *V.* art. 735 à 738, C.civ.

Art. 735 : « La proximité de parenté « s'établit par le nombre de généra- « tions; chaque génération s'appelle un « *degré*. »

Art. 736 : « La suite des degrés for- « me la ligne : on appelle *ligne directe* « la suite des degrés entre personnes « qui descendent l'une de l'autre; *ligne* « *collatérale*, la suite des degrés entre « personnes qui ne descendent pas les « unes des autres, mais qui descen- « dent d'un auteur commun.—On dis- « tingue la ligne directe, en ligne di- « recte descendante et ligne directe as- « cendante.—La première est celle « qui lie le chef avec ceux qui des- « cendent de lui : la deuxième est celle « qui lie une personne avec ceux dont « elle descend. »

Art. 737 : « En ligne directe, on « compte autant de degrés qu'il y a de « générations entre les personnes : « ainsi le fils est, à l'égard du père, au « premier degré; le petit-fils, au se- « cond; et réciproquement du père et « de l'aïeul à l'égard des fils et petits- « fils. »

Art. 738 : « En ligne collatérale, les « degrés se comptent par les généra- « tions, depuis l'un des parents jusques « et non compris l'auteur commun, et « depuis celui-ci jusqu'à l'autre pa- « rent.—Ainsi, deux frères sont au « deuxième degré; l'oncle et le neveu « sont au troisième degré; les cousins « germains au quatrième; ainsi de « suite. »

§ II. *Quelles parentés forment un empêchement dirimant des mariages ; et quels ont été à cet égard les différents changements de discipline.*

132. Il faut à cet égard distinguer les différentes espèces de parenté, et les différents temps.

La parenté de la ligne directe, en quelque degré éloigné qu'elle soit, a été dans tous les temps un empêchement dirimant du mariage [1].

La loi naturelle a formé cet empêchement ; et tous les peuples se sont accordés à regarder comme incestueuse et abominable l'union charnelle entre des parents de cette ligne.

Quoique le crime de cette union se fasse mieux sentir par un sentiment naturel que par le raisonnement, on peut néanmoins dire que le respect et la soumission qu'un fils doit, par le droit naturel, à sa mère, étant quelque chose d'opposé et d'incompatible avec l'autorité que le mariage donne au mari sur sa femme, un fils ne peut pas, sans blesser la loi naturelle, devenir le mari de sa mère : pareillement, le grand respect qu'une fille doit à son père, ne permet pas qu'elle devienne par le mariage sa compagne. Ce sont les raisons que rapporte Grotius *de Jur. bel. et pac. lib.* 2, *cap.* 5, § 12.

Ces raisons peuvent s'appliquer aux autres parents de la ligne directe.

133. Dans la ligne collatérale, le mariage entre le frère et la sœur, celui du neveu avec sa tante, sont condamnés comme incestueux par la loi divine : *Qui acceperit sororem suam, filiam patris sui, vel filiam matris suæ, et viderit turpitudinem ejus, illaque conspexerit fratris ignominiam, nefaram rem operati sunt, occidentur in conspectu populi sui ;* Lévit., 20, 17. Et plus bas il dit : *Turpitudinem materteræ et amitæ tuæ non discooperies, etc.*, v. 19.

Grotius, *eod. cap.* 5, § 13, remarque que la défense des mariages dans les degrés exprimés par le Lévitique, n'était pas particulière aux Israélites ; qu'elle n'était qu'un renouvellement d'une défense générale que Dieu en avait faite à tous les hommes, depuis que le genre humain avait été assez multiplié pour que le mariage des frères et des sœurs ne fût plus nécessaire ; puisque la transgression qui en avait été faite par les peuples de Canaan, est traitée d'abomination : *Ne polluamini in omnibus his quibus contaminatæ sunt gentes quas ego ejiciam ante conspectum vestrum, et quibus pollula est terra ;* Lévit., 18, 24. La tradition s'en était conservée dans le paganisme.

134. Par les lois romaines, le mariage du frère avec sa sœur, du neveu avec sa tante, et même sa grand'tante, et celui de l'oncle avec sa nièce, et même sa petite-nièce, étaient défendus, et regardés comme incestueux. La raison à l'égard des oncles et tantes, était qu'un oncle tient en quelque façon lieu de père à sa nièce, et une tante tient lieu de mère à son neveu. C'est celle que rend Paul [2] : *Sororis pronepotem non possum ducere uxorem, quoniam parentis loco ei sum* ; L. 39, ff. *de Rit. nupt.*

Il est vrai que l'empereur Claude, afin de satisfaire la passion qu'il avait pour Agrippine, fille de son frère Germanicus, qu'il voulait épouser, fit porter une loi par le sénat, qui permettait aux oncles d'épouser les filles de leur frère ; mais Suétone remarque que cette loi, en permettant ces mariages, qui

---

[1] *V.* art. 161, C. civ.

Art. 161 : « En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants légitimes ou naturels et les alliés dans la même ligne. »

[2] *V.* art. 162, 163 et 164, C. civ.

Art. 162 : « En ligne collatérale, le mariage est prohibé entre le frère et la sœur légitimes ou naturels, et les alliés au même degré. »

Art. 163 : « Le mariage est encore prohibé entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu. »

Art. 164 : « Néanmoins il est loisi-

avaient toujours été regardés comme incestueux, *quæ ad id tempus incesta habebantur*, ne changea pas sur cela les idées des Romains, et que l'exemple de l'empereur n'eut pas d'imitateurs, *non repertis qui sequerentur exemplum.* Suétone, *in Claud.*

C'est par cette raison que les jurisconsultes décidèrent que cette loi n'était susceptible d'aucune extension, et que la permission qu'elle accordait pour le mariage d'un oncle avec la fille de son frère, ne devait pas s'étendre à celui d'un oncle avec la fille de sa sœur, ni encore moins d'un neveu avec sa tante. C'est ce que nous apprenons d'Ulpien : *Ex tertio gradu licet uxorem ducere, sed tantùm fratris filiam, non etiam sororis filiam, nec amitam, nec materteram, quamvìs eodem gradu sint*[1]. Ulpien, *Frag.*, tit. 5, § 6.

Enfin la loi qui avait été portée sous l'empereur Claude, pour permettre le mariage d'un oncle avec la fille de son frère, fut abrogée par la constitution des empereurs Constance et Constant, qui défendirent sous peine capitale ce mariage : *Si quis filiam fratris sororisve faciendam crediderit abominanter uxorem, capitalis sententiæ pœna teneatur ;* L. 1, Cod. *Theod. de incest. nupt.*

Il y en a qui pensent que la loi de l'empereur Claude avait déjà été abrogée par Constantin le Grand : quoique sa constitution ne nous soit pas parvenue, ils se fondent sur ce que Sozomène rapporte de cet empereur : *Qui intemperantes et dissolutos concubitus anteà minimè prohibitos coercuit, sicut ex legibus quæ de illis latæ sunt, deprehendere licet*[2].

135. A l'égard des cousins germains, le mariage dans ce degré avait toujours été permis jusqu'à la loi de Théodose le Grand, qui le défendit.

Il n'avait pas été non plus défendu jusqu'alors dans l'Eglise par aucun canon : l'Eglise n'avait d'autres règles sur les parentés qui doivent empêcher les mariages, que les lois de l'empire.

Il y avait néanmoins, avant la loi de Théodose, des personnes qui se faisaient scrupule de contracter ces mariages, à cause de la ressemblance que ces cousins avaient avec des frères et sœurs; ces cousins, lorsqu'ils étaient du côté paternel, étant nommés en latin, *fratres et sorores patrueles.*

« ble au roi de lever, pour des causes « graves, les prohibitions portées par « l'art. 162 aux mariages entre beaux- « frères et belles-sœurs, et par l'art. « 163 aux mariages entre l'oncle et la « nièce, la tante et le neveu. »

[1] Gaius, *Comment,* 1. § 62, dit également : *fratris filiam uxorem ducere licet, idque primum in usum venit, cum divus Claudius Agrippinam fratris sui filiam uxorem duxisset ; sororis verò filiam uxorem ducere non licet.* Nous ne reconnaissons point dans cette décision le bon sens ordinaire des jurisconsultes romains, car, s'ils prennent au sérieux et comme règle le sénatus-consulte rendu pour autoriser le mariage de Claude avec Agrippine, ils doivent *à fortiori* permettre le mariage de l'oncle maternel (*avunculus*) avec sa nièce, fille de sa sœur, attendu que la nièce, fille du frère, est de la même famille civile que son oncle frère de son père (*patruus*) ; il y a entre eux *agnation,* tandis qu'entre les précédents il y a simplement *cognation.* Il valait mieux flétrir ce sénatus-consulte, fruit d'une basse adulation ; c'est ce qu'ont fait les historiens Suétone et Tacite. *V.* ce dernier, *Ann. lib.* 12, n° 5, 6 et 7.

[2] Ce sénatus-consulte aurait été abrogé longtemps auparavant, s'il en faut croire une note que nous trouvons sur Suétone : *hæc quoque Claudii constitutio, non dies obtinuit, hoc est, non ultra Nervam, de quo scribit Xiphilrum à Dione : constitutiones cum aliis de rebus fecit, tum de non castrandis maribus, et ne fratris filiam ducere uxorem liceret.* *V.* art. 163 et 164, C. civ., ci-dessus, p. 63, note 2,

C'est ce que nous apprenons de saint Augustin, lib. 15, *de Civit. Dei*, cap. 16, où il est dit : ***Experti sumus in communione consobrinorum etiam nostris temporibus propter gradum propinquitatis fraterno gradui proximum, quàm rarò propter mores fiebat, quod fieri per Leges licebat, quia id nec divina Lex prohibuit, et nondùm prohibuerat Lex humana.***

Saint Augustin, par ***Lex humana***, entend parler de la constitution de Théodose, qui avait été publiée peu de temps avant qu'il écrivît.

Il paraît que même dans le paganisme les Romains avaient eu quelque scrupule sur les mariages entre cousins germains, mais qu'ils s'y étaient accoutumés. C'est ce que nous apprenons du discours de l'empereur Claude au sénat, qui est rapporté par Tacite, lib. 12, *Ann.* Ce prince, pour engager le sénat à porter une loi qui permette le mariage de l'oncle et de la nièce, dit qu'on ne doit pas s'arrêter à la prévention qu'on a contre; que les Romains avaient aussi été autrefois prévenus contre le mariage des cousins germains, et qu'ils étaient revenus de cette prévention : ***Sobrinorum***[1] ***diù ignorata (conjugia) tempore percrebuisse.***

Plutarque, dans ses Causes, ***quæst.*** 6, rapporte aussi que les mariages des cousins germains avaient été pendant longtemps regardés de mauvais œil chez les Romains; ***diù apud Romanos invisa fuisse;*** que le peuple avait fait une loi qui les déclarait permis, et défendait les mariages dans les degrés qui étaient plus proches. Il n'en dit pas le temps [2].

136. Après la mort de Théodose, Arcade et Honorius, ses enfants, firent une loi par laquelle ils confirmèrent la loi de Théodose pour la nullité des mariages entre cousins germains, en abrogeant seulement la peine du feu et de la confiscation des biens, ordonnée par la loi de Théodose contre les infracteurs de cette loi.

Celle d'Arcade et d'Honorius est la loi 3, ***Manente***, Cod. ***Theod. Incest. nupt.*** Elle est datée du quatrième consulat d'Arcade, et du troisième d'Honorius, c'est-à-dire, de l'an 396.

Depuis, Arcade changea de sentiment, et fit une loi qui abrogea celle de Théodose, et permit le mariage entre cousins germains. Justinien [3], qui

---

[1] J. Lipse, dans ses Notes sur ce texte, dit que ce terme se prend ici pour ***Consobrinarum***, c'est-à-dire, pour les mariages avec une cousine germaine. Quoique ce terme, dans le langage des jurisconsultes, soit destiné à signifier des cousins issus de germains, il se prend chez les autres auteurs indifféremment pour les cousins germains, comme pour les autres cousins. (***Note de l'édition de*** 1768.)

[2] Voici comment s'exprime Montesquieu, ***Esprit des lois***, lib. 26, ch. 14. « L'horreur pour l'inceste du frère avec « la sœur a dû partir de la même sour« ce. Il suffit que les pères et les mères « aient voulu conserver les mœurs de « leurs enfants, et leurs maisons pures, « pour avoir inspiré à leurs enfants de « l'horreur pour tout ce qui pouvait « les porter à l'union des deux sexes. « La prohibition du mariage entre « cousins germains a la même origine. « Dans les premiers temps, c'est-à-dire « dans les temps saints, dans les âges « où le luxe n'était point connu, tous « les enfants restaient dans la maison, « et s'y établissaient : c'est qu'il ne « fallait qu'une maison très petite pour « une grande famille. Les enfants de « deux frères, ou les cousins germains, « étaient regardés et se regardaient en« tre eux comme frères (*fratres pa« trueles*). L'éloignement qui était en« tre les frères et les sœurs pour le « mariage était donc aussi pour les « cousins germains. »

[3] Il est étonnant que l'auteur du ***Traité sur les Mariages***, de 1753, p. 250, 251 et 252, dise que Justinien a défendu les mariages entre cousins germains, et qu'il a renouvelé la loi de Théodose, qui les avait défendus; il est notoire que Justinien permettait ces mariages. Il dit dans ses ***Institutes,*** au tit. ***de Nup.***, § 5 : ***Duorum autem fra-***

approuvait aussi ces mariages, l'a fait insérer dans son Code; elle est la 19e. Cod. *de Nupt.* Il y est dit : *Celebrandis inter consobrinos matrimoniis licentia Legis hujus salubritate indulta est, ut resecatâ prisci juris auctoritate, restinctisque calumniarum fomentis, matrimonium inter consobrinos habeatur legitimum*, etc.

Par ces mots, *resecatâ prisci juris auctoritate*, il est évident qu'Arcade entend parler de la constitution de Théodose, qui avait défendu ces mariages, et que par respect pour la mémoire de son père, il n'osa pas dire expressément qu'il abrogeait la loi de son père. Cette loi est datée du second consulat de Stilicon et d'Anthème, c'est-à-dire de l'an 404.

Quoiqu'elle soit intitulée des noms d'Arcade et d'Honorius, parce qu'il était d'usage d'intituler les lois du nom des deux empereurs régnants, néanmoins cette loi, adressée à Eutichianus, préfet du prétoire d'Orient, était d'Arcade seul, et n'était faite que pour la partie de l'empire qui lui était échue, c'est-à-dire pour l'Orient.

Au contraire, dans l'Occident les mariages entre cousins germains continuèrent d'être défendus. Honorius, à qui cette partie de l'empire était échue, renouvela encore la défense de ces mariages par la loi unique, Cod. *Theod. Si nupt. ex rescrip. pet.*; en permettant néanmoins par cette loi à ceux qui voudraient les contracter, de se pourvoir pardevers lui pour en obtenir la dispense, s'il le jugeait à propos.

Cette loi est datée de Ravenne, sous le huitième consulat d'Honorius, c'est-à-dire de l'an 409; elle est adressée à Théodore, préfet du prétoire d'Italie. Quoique, suivant l'usage ci-dessus mentionné, elle soit intitulée des noms d'Arcade et d'Honorius, il n'est pas douteux que c'est Honorius seul qui l'a faite pour la partie de l'empire qui lui était échue, c'est-à-dire pour l'Occident.

137. Les peuples qui s'établirent en occident sur les débris de l'empire romain, et qui embrassèrent la foi chrétienne, ayant trouvé le mariage des cousins germains défendu par la discipline de l'Église, qui s'était à cet égard conformée aux lois des empereurs, se soumirent à ces lois. Ainsi le mariage des cousins germains ne pouvait être légitimement contracté chez les Goths, sans une permission expresse du prince, comme nous l'apprenons de Cassiodore, *Epist.* VII, 46.

138. La défense des mariages entre parents n'en demeura pas au degré des cousins germains : elle fut étendue aux cousins issus de germain; ensuite au quatrième degré; et par succession de temps, jusqu'au sixième et au septième degré. Dans quelques conciles les mariages furent défendus entre parents, d'une manière illimitée. Ce qui donna lieu à cette extension, fut une opinion qui se répandit, que la loi du Lévitique défendait tous mariages entre parents indéfiniment. Cette opinion était fondée sur un passage du Lévitique, que ceux qui la tenaient entendaient mal; il est au chapitre 18, v. 6, où il est dit : *Omnis homo ad proximam sanguinis sui non accedet, ut revelet turpitudinem ejus.* Au lieu d'entendre ces termes, *ad proximam sanguinis sui*, relativement aux versets qui suivent, et de les restreindre et déterminer aux degrés de parenté dont ces versets contiennent le détail, ils les entendaient d'une manière absolue, sans aucune relation avec les versets suivants; et

---

trum vel sororum liberi, vel fratris et sororis, conjungi possunt. C'est pour cela qu'il a fait insérer dans son Code la loi *Celebrandis*, qui révoquait la défense que Théodose avait faite de ces mariages; et qu'au contraire il n'y fit pas insérer la loi *Manente*, 2, Cod. *Theod.*, *de Inc. nupt.*, ni la loi unique, Cod. *Theod.*, *Si nuptiæ ex rescr. petant*; lesquelles confirmaient la défense de ces mariages. (*Note de l'édition de* 1768.)

croyaient en conséquence trouver dans ce passage du Lévitique une défense illimitée des mariages entre parents. Cette opinion était déjà répandue chez les Goths dès le sixième siècle ; c'est ce qui paraît par le second concile de Tolède, tenu l'an 531, sous le roi Amalaric.

Il est dit au cinquième canon : *Sancimus ne quis fidelium, propinquorum sanguinis sui, usquequò affinitatis lineamenta generis successione cognoscit, in matrimonio sibi desideret copulari; quoniam scriptum est : Omnis homo ad propinquam sanguinis sui non accedet, ut revelet turpitudinem ejus*, etc. Cette défense est faite sous peine d'excommunication.

Observez que le concile ne défend ces mariages que parce qu'il les croit défendus par la loi divine ; c'est-à-dire par un article de la loi du Lévitique, qu'on avait dans ce temps mal entendu.

Le concile n'entend pas établir un nouvel empêchement de mariage ; l'Eglise n'en admettait pas alors d'autres que ceux qui étaient établis par la loi divine ou par les lois des princes. On peut faire la même observation à l'égard des autres conciles que nous citerons ci-après.

Le concile d'Agde, tenu l'an 506, sous le roi Alaric, défend aussi d'une manière illimitée les mariages entre parents et affins. Le canon 61 déclare incestueux, *qui ex propriâ consanguinitate aliquam, aut quam consanguineus habuit, concubitu polluerit, aut duxerit uxorem.*

Observez que ce canon est suspect, ne se trouvant pas dans les anciens manuscrits de ce concile, dans lesquels on ne trouve que les quarante-sept premiers canons. *V.* la note du père Syrmond.

139. Les conciles qui furent tenus dans ce siècle chez les Bourguignons et chez les Français, se contentèrent d'étendre la défense des mariages entre parents jusqu'au degré des cousins issus de germains : ils ne regardaient pas comme parenté celle des degrés ultérieurs.

Le concile *Epaunense*, tenu l'an 517, sous saint Sigismond, roi des Bourguignons, can. 30, déclare incestueux les mariages entre cousins germains et issus de germains, et les défend à l'avenir, sans casser ceux qui ont été contractés auparavant : *Incestos hos censemus..... Si quis consobrinæ sobrinæve se societ, quod ut à præsenti tempore prohibemus, ità ea quæ sunt anteriùs instituta non solvimus.*

Le concile de Clermont, *Arvernense*, tenu l'an 535, *consentiente Domino nostro gloriosissimo piissimoque rege Theodeberto,* dit au canon 12 : *Si quis... consobrinam sobrinamve....,. crediderit carnalis conjugii consortio violandam, et ausu sacrilego auctoritatem divinæ Legis ac jura naturæ perruperit.*

Le troisième concile d'Orléans, tenu l'an 538, sous le roi Childebert, défend pareillement, canon 10 : *Ne quis sibi conjugii nomine sociare præsumat...... consobrinam aut sobrinam...... Quòd si qui in hoc incesti adulterio potiùs quàm conjugio fuerint sociati, quandiù se non separaverint, à communione ecclesiasticâ separentur.* Le concile néanmoins déclare qu'on doit tolérer ces mariages à l'égard de ceux qui les ont contractés de bonne foi avant leur conversion à la foi, ou avant que d'en avoir été instruits.

Le second concile de Tours, tenu en 567, sous le roi Chérebert, confirme, à l'égard de la défense des mariages entre parents, les canons des conciles *Epaunense* et *Arvernense*.

Le concile d'Auxerre, tenu sous le roi Chilpéric, l'an 578, canon 31, dit : *Non licet consobrinam, hæc est quæ de duobus fratribus aut de duabus sororibus procreatur, in conjugium accipere ; nec qui de ipsis nati fuerint, in conjugio socientur.*

Contre ces conciles du sixième siècle, qui défendent les mariages des issus de germain, on opposera peut-être que saint Grégoire, dans sa lettre à Augustin, écrite sur la fin de ce siècle, ou peut-être même au commencement du

septième, borne la défense des mariages au degré des cousins germains, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 127.

Mais il y a lieu de croire que c'est par condescendance pour ces peuples nouvellement convertis à la foi, qu'il leur permet le mariage entre cousins au troisième degré, c'est-à-dire issus de germains. *Necesse est*, dit-il, *ut jam tertia vel quarta generatio fidelium licenter sibi jungi debeat.*

Il résulte de ces termes, *tertia vel quarta*, que saint Grégoire, en ne permettant à ces peuples le mariage entre parents qu'au *troisième degré tout au plus*, les exhorte à ne se le permettre qu'au quatrième degré.

140. La discipline sur l'extension de la défense du mariage entre parents, jusqu'aux cousins du troisième degré, c'est-à-dire jusqu'aux issus de germain inclusivement, continua dans le septième siècle. Le cinquième concile de Paris, tenu l'an 615, canon 14, déclare incestueux le mariage qu'un homme contracterait avec sa cousine germaine, et même avec sa cousine au troisième degré : *Si quis...,. consobrinam, sobrinam..... conjugii crediderit consortio violandam......*

Le roi Clotaire II avait assemblé dans ce concile les évêques de tous ses Etats, et soixante-dix-neuf évêques y assistèrent ; c'est pourquoi il est appelé le concile général par le concile de Reims qui fut tenu quelque temps après. Le roi Clotaire en confirma les actes par un édit qui est rapporté à la fin de ces actes dans le cinquième tome des conciles du père Labbe : au moyen de quoi le mariage entre les cousins au troisième degré, se trouva défendu en France par la loi du prince, aussi bien que par l'Eglise.

Néanmoins dans les capitulaires du roi Dagobert, successeur immédiat de Clotaire, qui sont une espèce de Code divisé en trois parties, que ce prince fit faire l'an 631, des lois des rois Thierry, Childebert et Clotaire, ses prédécesseurs, pour les différents peuples soumis à l'empire français, nous lisons dans la troisième partie, intitulée *Lex Bajuvariorum*, au tome 6, cap. 1 : *Uxorem habere non licet socrum*, etc.... *filii fratrum, filii sororum, nullâ præsumptione jungantur; si quis contrà hæc fecerit, à loci Judicibus separetur.* La défense n'est pas étendue au delà.

Il y a lieu de croire que c'est par condescendance que Dagobert restreignit au degré des cousins germains, en faveur de ces *Bajuvarii*, la défense des mariages entre parents, qui s'étendait jusqu'au troisième degré, par les canons du cinquième concile de Paris, et par l'Edit du roi Clotaire II, comme nous venons de le voir ci-dessus.

141. Sur la fin du septième siècle, la défense des mariages entre parents, qui ne passait pas le troisième degré, c'est-à-dire celui des cousins issus de germains, s'étendit au quatrième degré. C'est ce qui paraît par le treizième canon du pénitenciel de Théodore de Cantorbery, qui est de la fin du septième siècle, et que nous avons rapporté *suprà*, n° 127. Il y est dit : *In tertiâ propinquitate carnis secundùm Græcos licet nubere, in quintâ secundùm Romanos.* Donc le mariage était déjà défendu à Rome au quatrième degré, puisqu'il n'était permis qu'au cinquième, quoiqu'on le tolérât dans le quatrième, et même dans le troisième, lorsqu'il avait été fait par ignorance et de bonne foi. C'est pourquoi le canon ajoute : *Qui tamen in tertiâ propinquitate facta non solverint, si anteà ab inscientibus compacta fuissent.*

142. Dans le huitième siècle, Grégoire II, dans le concile romain tenu l'an 721, défendait les mariages entre parents, d'une manière illimitée. Le concile, après avoir dit dans le canon huitième : *Si quis consobrinam duxerit in conjugium, anathema sit,* ajoute, dans le canon neuvième, d'une manière illimitée : *Si quis de propriâ cognatione, vel quam cognatus habuit, duxerit uxorem , anathema sit, et responderunt omnes tertio, anathema sit.*

Zacharie, l'un de ses successeurs dans le même siècle, dans la septième de ses lettres, adressée à Pépin, maire du palais, et qui est rapportée au sixième

tome des conciles du père Labbe, défend aussi le mariage entre parents, d'une manière illimitée, et tant que la parenté peut se connaître. Il dit dans cette lettre, cap. 22 : *Nos........ dicimus ut dùm usque sese generatio cognoverit, juxtà ritum et normam Christianitatis et religionis, non copuletur conjugiis.*

Cette défense illimitée des mariages entre parents, avait de grands inconvénients. Grégoire II, qui l'avait portée dans le concile romain, les reconnut lui-même; car, dans une réponse qu'il fit peu de temps après à Boniface, archevêque de Mayence, qui l'avait consulté sur plusieurs points de discipline, il détermine au quatrième degré l'étendue de la défense des mariages entre parents.

La lettre décrétale qui contient cette réponse, est la treizième des lettres de ce pape, dans la collection des conciles du père Labbe, tome 6. Il y est dit, art. 1er : *In primis legebatur in quotâ progenie propinquorum matrimonium copuletur? Dicemus quòd oportueral quidem, quandiù se agnoscunt affinitate propinquos, ad hujus copulæ non accedere societatem : sed quia temperantia magis, et præsertim in tam barbarâ gente plus placet, quàm districtio censuræ, concedendum est ut post quartam generationem jungantur.*

Il n'est pas douteux que ces termes, *post quartam generationem*, doivent s'entendre selon la manière du droit canonique de compter les degrés. Nous avons vu *suprà*, n° 129, qu'elle était établie dans ce siècle; et d'ailleurs il est évident que Grégoire II, qui tenait pour principe que toute parenté était un empêchement de mariage, ne l'aurait pas bornée au quatrième degré, suivant la manière de compter du droit civil, qui est celui des cousins germains.

Les conciles qui furent tenus en France dans le huitième siècle, prirent aussi le parti de limiter le degré dans lequel les mariages entre parents seraient défendus, et d'en étendre néanmoins la défense jusqu'au quatrième degré inclusivement.

Le concile de Verberie, *Vermeriense*, tenu l'an 752, en présence du roi Pepin, les défend jusqu'au quatrième degré; de manière néanmoins qu'il n'y eût que les degrés qui précédaient le quatrième, qui formassent un empêchement dirimant, et que le quatrième formât seulement un empêchement prohibitif. Voici les termes de ce concile, canon 10 : *In tertio geniculo separentur...... in quartâ conjunctione si inventi fuerint, eos non separamus, sed pænitentiam indicimus; attamen si factum non fuerit, nullam facultatem conjungendi in quartâ generatione damus.*

Il suffisait même, suivant le concile de Compiègne, tenu cinq ans après, pour que la parenté formât un empêchement dirimant, que l'un des conjoints fût au troisième degré, quoique l'autre ne fût qu'au quatrième. Voici les termes du concile, cap. 10 : *Si in quartâ progenie reperti fuerint conjuncti, non separantur; in tertiâ si reperti fuerint, separantur; et eos qui unus in quartâ, alius in tertiâ sibi pertinent, et conjuncti inveniuntur, separamus.*

Ce concile avait été tenu sous le roi Pepin, l'an 757, *in generali populi conventu*, comme porte le titre.

Charlemagne, dans son capitulaire de la loi Salique, publié l'an 798, confirma ce qui avait été réglé pour la défense des mariages entre parents, par les conciles tenus sous le règne de Pépin son père, en prononçant des peines contre lès contrevenants. Il y est dit : *Si quis sororem aut fratris filiam, aut certè alterius gradùs consobrinam, aut fratris uxorem aut avunculi, sceleratis nuptiis sibi junxerit, huic pænæ* (id est mulctæ mille et ducentorum denariorum, de quâ cap. præced.) *subjaceat, atque etiàm si filios habuerint, non habeantur legitimi hæredes, sed infamiâ sint notati.*

Remarquez qu'il n'est pas dit simplement *consobrinam*, ce qui ne signifierait que la cousine germaine; mais il est dit : *alterius gradùs consobrinam*, ce qui signifie cousine dans quelque autre degré défendu par les conciles.

143. La même discipline avait encore lieu dans le neuvième siècle. La défense du mariage entre parents, était encore bornée au quatrième degré; sauf qu'on rendit pour l'avenir empêchement dirimant de mariage, la parenté qui n'était auparavant dans ce degré, qu'un empêchement prohibitif.

C'est ce qui est porté par les canons 54 du concile de Mayence, tenu sur la fin du règne de Charlemagne, l'an 813; *Contradicimus quoque ut in quartâ generatione nullus ampliùs conjugio copuletur; ubi autem post interdictum, factum fuerit, separetur.*

Les termes dont se servent les pères de ce concile, dans la lettre par laquelle ils en adressent les actes à Charlemagne, sont trop remarquables pour que nous les omettions ici. Ils reconnaissent, dans les termes les moins équivoques, l'autorité que Dieu a donnée aux princes séculiers sur ce qui concerne la discipline ecclésiastique. Voici comme ils s'expliquent : *De his omnibus valdè indigemus vestro adjutorio atque sanâ doctrinâ, quæ et nos jugiter admoneat, atque clementer erudiat, quatenùs ea quæ paucis subter perstrinximus capitulis, à vestrâ auctoritate firmentur, si tamen vestra pietas ità dignum esse judicaverit; et quidquid in eis emendatione dignum reperietur, vestra magnifica imperialis dignitas jubeat emendare, ut ità emendata nobis omnibus et cunctæ christianæ plebi ac posteris nostris proficiant ad vitam, salutem, et ad gloriam sempiternam* [1].

144. Ce n'est qu'à la fin du neuvième siècle que nous commençons à voir la défense des mariages entre parents, étendue jusqu'au sixième et septième degré.

Le concile de Worms, tenu en 868, sous Charles le Chauve, n'étendait pas encore cette défense au-delà du quatrième degré. Le canon 78 de ce concile est copié mot pour mot sur le cinquante-quatrième canon de celui de Mayence, rapporté ci-dessus.

Mais depuis, la défense des mariages entre parents ne tarda pas longtemps à être étendue jusqu'au septième degré.

Ce fut au second concile *Duziacence* [2], convoqué par Charles le Chauve, et tenu à Douzy, bourg situé à une lieue de Sedan, aux ides de juillet 814.

C'est ce qui paraît par une lettre synodale de ce concile, écrite aux évêques d'Aquitaine, qui est rapportée au neuvième tome des conciles du père Labbe. Elle commence ainsi : *Sancta synodus plurimarum provinciarum nutu divino, et sanctione domini Caroli regis gloriosi, apud Duziacum secùs municipium Mosomum Remensis provinciæ, in die nomine anno Incarn.* 874, *convocata*; *Dilectis fratribus, et venerabilibus consacerdotibus nostris in provinciis Aquitaniæ regionis sanctas Ecclesias gubernantibus, plurimam in Salvatore salutem.* Les pères du concile disent ensuite qu'ils ont appris que dans l'Aquitaine plusieurs personnes nobles contractaient des mariages incestueux, en s'autorisant d'une lettre de S. Grégoire à Augustin, évêque des Anglais, par laquelle ce pape bornait au second degré la défense des mariages entre parents, et les permettait au troisième et au quatrième. Ce n'est, disent les pères de ce concile, qu'une condescendance que S. Grégoire a eue pour un peuple nouvellement converti à la foi, qui ne doit pas être tirée à conséquence. S. Grégoire, ajoutent-ils, dans une réponse [3] qu'il a faite à Félix, évêque de Messine, qui

---

[1] Le langage des évêques est aujourd'hui très différent : mais c'était à CHARLEMAGNE que les pères de ce concile s'adressaient.

[2] C'est de ce concile qu'il faut entendre ce que dit Aimoin, v, 31 : *Generale placitum idibus Junii hoc anno à Carolo Rege in villâ Duziâ celebratum.* (Note de l'édition de 1768.)

[3] La prétendue lettre de Félix de Messine, et la prétendue réponse de saint Grégoire à cette lettre, qui n'étaient pas alors suspectées, avaient induit en erreur les pères du concile de Douzy,

lui avait reproché ce violement de la discipline, dont il n'y avait pas d'exemple, a reconnu que, selon les règles de l'Eglise, les mariages étaient défendus entre parents jusqu'au septième degré, et que la condescendance qu'il avait eue en les permettant dans des degrés plus proches, aux Anglais nouvellement convertis, n'était qu'*ad tempus*, jusqu'à ce qu'ils fussent affermis dans la foi. En conséquence, les pères du concile exhortent les évêques d'Aquitaine à empêcher de tout leur pouvoir les mariages incestueux, et ils déclarent tels tous ceux qui sont contractés entre parents, en quelque degré qu'ils soient, qui ait un nom de parenté: *Tamdiù*, disent-ils, *ut christiana religio et auctoritas sanctæ Ecclesiæ sancit, conjugia inter proximos vitanda sunt, quamdiù necessitudinum nomina perseverant, quoniam nunquam christianis convenit ut beatus Augustinus ait* [1], *in homine uno fiant.*

D'où les pères du concile concluent que les mariages ne peuvent être permis qu'au-delà du septième degré de parenté, *propinquitatis conjugia ultrà septimum gradum differenda*, chacun des sept degrés de parenté ayant son nom de parenté particulier ; le premier degré étant celui des frères et sœurs ; le second, celui de leurs enfants, *fratrum sororumve filii aut filiæ*, qui sont entre eux cousins germains ; le troisième, celui des *fratrum sororumve pronepotes aut proneptes* ; le cinquième, celui des *fratrum sororumve abnepotes aut abneptes* ; le sixième, celui des *fratrum sororumve atnepotes aut atneptes*; et enfin le septième, celui des *fratrum sororumve trinepotes aut trineptes.*

C'est à cette époque du concile de Douzy, qu'on doit fixer pour la France l'étendue de la défense des mariages entre parents jusqu'au septième degré.

Il est vrai que dans les trois derniers livres des capitulaires de Charlemagne et de Louis le Débonnaire, recueillis vers le milieu du neuvième siècle, par Benedictus Levita, pour servir de supplément aux quatre premiers livres que l'abbé Andegisile avait recueillis du vivant de Louis le Débonnaire, nous trouvons quelques articles qui font mention de la défense des mariages entre parents jusqu'au septième degré.

Tel est l'article 130 du sixième livre, où il est dit : *Christiani ex propinquitate sui sanguinis usque ad septimum gradum connubia non ducant, nec sine benedictione sacerdotis nubere audeant.*

Ces termes, *usque ad septimum gradum*, paraissent plus que suspects d'avoir été ajoutés et interpolés ;—1° parce que dans les articles 327 et 408, où ce capitule est répété [2] dans les mêmes termes, ces mots *usque ad septimum gradum*, ne se trouvent point ;—2° parce que le concile de Worms, tenu sous Charles le Chauve, ayant borné au quatrième degré la défense des mariages entre parents, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 144, il n'est pas vraisemblable que les empereurs précédents aient étendu plus loin cette défense ; car, s'ils l'avaient fait, les pères du concile de Worms n'auraient pas manqué de s'y conformer.

Il faut dire la même chose à l'égard de l'article 229 du sixième livre, où il

---

sur l'étendue de la défense des mariages entre parents jusqu'au septième degré. On a reconnu, à l'aide de la critique, que cette lettre de Félix était une pièce supposée, et que la réponse de saint Grégoire, si elle n'était pas aussi supposée, était néanmoins considérablement altérée et interpolée. Ce qui y est dit de la défense des mariages, fait partie des interpolations. (*Note de l'édition de* 1768.)

[1] *Lib.* 15, *de Civit. Dei.* (Note de la même édition.)

[2] *Benedictus Levita*, dans la préface qui est en tête de son Recueil, avertit ses lecteurs de ces répétitions : *Monemus Lectores ut si eadem Capitula duplicata vel triplicata repererint, non hoc nostræ imperitiæ reputent, quia diversis ea in Schedulis invenimus, et tam citò hæc emendare nequivimus.* (Idem.)

est dit : *In quartâ propinquitate carnis, quintâ sextâque non licet nubere, sicut in Lege scriptum est : Omnis homo ad propinquam sanguinis sui non accedat, ut revelet turpitudinem ejus, id est, usque ad septimum gradum, etc.*

Les mots *usque ad septimum gradum*, et les mots *quintâ sextâque*, nous paraissent pareillement avoir été ajoutés et interpolés, par la raison que nous avons ci-dessus dite.

C'est pourquoi c'est à l'époque du concile de Douzy, dans le déclin du neuvième siècle, qu'il faut s'en tenir pour l'étendue de la défense jusqu'au septième degré en France.

145. En Angleterre, où le second concile romain, tenu sous Grégoire II, avait été reçu, puisque le canon de ce concile, qui défend le mariage entre parents, se trouve dans le recueil des canons fait par Egbert, archevêque d'York, dans le huitième siècle, art. 135, on jugea aussi à propos de déterminer la défense illimitée portée par ce concile, et de la borner au cinquième degré inclusivement.

Les mariages n'étaient pas encore défendus en Angleterre au-delà de ce degré, dans le déclin du dixième siècle.

C'est ce qui paraît par le cinquième canon du synode de Northumberland, où il est dit : *Prohibemus ut nemo matrimonium contrahat infrà gradum seu geniculum quartum.* Il était donc encore permis au quatrième. Les canons de ce synode sont rapportés au neuvième tome des conciles du P. Labbe.

Mais dans le onzième siècle, la défense des mariages entre parents y fut étendue jusqu'au sixième degré.

C'est ce qui paraît par les lois du roi Canut, sur la discipline ecclésiastique, publiées l'an 1032. Il est dit, *cap.* 7 : *Ne christianâ fide tinctus, intrà sextum suæ cognationis gradum nuptias contrahat.*

Il paraît par les décrétales d'Alexandre II, que nous avons rapportées *suprà*, n° 130 que dans ce siècle, c'était un principe universellement reçu, que la défense des mariages entre parents devait s'étendre jusqu'au septième degré, ou du moins jusqu'au sixième. Ceux qui la bornaient au sixième, se fondaient sur ce que le monde et la vie des hommes sont divisés en six âges; d'où ils concluaient qu'on devait compter six degrés seulement dans la parenté: *Sicut totius mundi sex ætates existunt, et humanæ vitæ totidem sex , ità et ex consanguinitate sex tantummodò autumant computandas esse generationes* [1]. Ce pape remarque que ceux qui bornaient la parenté au sixième degré, ne commençaient à la compter que depuis les enfants des frères, c'est-à-dire, les cousins germains, qu'ils plaçaient dans le premier degré ; au moyen de quoi ils donnaient la même étendue à la parenté, que ceux qui l'étendaient au septième degré, en comptant les frères pour le premier degré. D'autres, en convenant que la défense des mariages entre parents devait s'étendre au septième degré, soutenaient que les degrés devaient se compter suivant l'ancienne manière de les compter du droit civil ; ce qui bornait la défense aux parents du trois au quatre, lesquels, suivant la manière de compter du droit civil, sont au septième degré. Cette opinion fut, comme nous l'avons vu au paragraphe précédent, condamnée dans les conciles romains tenus par Alexandre II, et fut appelée l'*hérésie des incestueux.*

146. Cette discipline, qui étendait la défense des mariages entre parents était sujette à de très-grands inconvénients; elle donnait lieu à de fréquentes demandes en cassation de mariage, sous prétexte de quelque parenté éloignée, que des personnes dégoûtées de leur mariage, découvraient ou supposaient.

Elle dura néanmoins jusqu'au treizième siècle. Innocent III, dans le concile général de Latran, tenu l'an 1215, l'abrogea, et borna la défense des mariages

---

[1] Voilà, il faut en convenir, une raison décisive !

entre parents au quatrième degré : *Non debet*, dit ce pape, *reprehensibile judicari, si secundùm varietatem temporum, statuta quandoquè varientur humana, præsertim, cùm urgens necessitas aut evidens utilitas id exposcit*[1].... *prohibitio copulæ conjugalis quartum consanguinitatis et affinitatis gradum de cætero non excedat, quoniam in ulterioribus gradibus jam non potest absque gravi dispendio generaliter observari.* Il ajoute une autre raison, qui se sent fort du mauvais goût de ce siècle: *Quaternarius verò numerus*, dit-il, *benè congruit prohibitioni conjugii corporalis de quo dicit Apostolus, quòd vir non habet potestatem sui corporis, sed mulier : nec mulier habet potestatem sui corporis, sed vir, quia quatuor sunt humores in corpore, qui constant ex quatuor elementis*[2].

147. Le concile de Latran ayant fixé la défense des mariages entre parents jusqu'au quatrième degré inclusivement, on fit la question de savoir, si le mariage était permis entre parents, dont l'un serait au quatrième, et l'autre au cinquième. Le pape Grégoire IX a décidé cette question pour l'affirmative, et il a établi pour règle, que dans la ligne de parenté collatérale inégale, le degré de parenté entre deux parents devait être compté et fixé par le nombre des générations qu'il y avait depuis leur souche commune, jusqu'à celui des deux parents qui en était le plus éloigné. Cette décision se trouve au chapitre dernier, Extrav. *de Consang.*, où il est dit : *Vir qui à stipite quarto gradu, et mulier quæ ex alio latere distat quinto, secundùm regulam approbatam quæ dicitur, quoto gradu remotior differt à stirpe, et à quolibet per aliam personam descendentium ex eodem (distare inter se intelligitur) licitè possunt matrimonialiter copulari.*

Il n'est pas douteux, suivant ce principe, que non-seulement un cousin au quatre, mais un cousin au trois, et même au deux, peut épouser sa cousine qui est au cinquième degré : *Potest quis ducere uxorem, proneptem consobrini sui.*

148. En est-il de même d'un oncle et d'une tante ? Puis-je épouser une fille de la descendance de mon frère, quoiqu'elle soit au cinquième degré de notre souche commune ? Puis-je épouser *abneptem fratris mei ?* Covarruvias décide l'affirmative, et il est suivi par l'auteur des conférences de Paris. J'aurais de la peine à souscrire à cette décision. Il y a une autre raison que la proximité du degré, qui empêche le mariage entre ces personnes : cette raison est que ces personnes, comme le dit Justinien (Inst. *de Nup.* v, 5), *parentum loco habentur*. Un oncle tient lieu de père à ses nièces, petites-nièces, et à toute la postérité de ses frères ; une tante tient lieu de mère à ses neveux, et à toute la postérité de ses frères et sœurs. C'est pourquoi, quoique Justinien permît le mariage entre parents dans le quatrième degré, suivant la manière de compter du droit civil, et qu'un grand-oncle et une grand'tante fussent dans le qua-

[1] Puisqu'il en est ainsi, et que de l'aveu même du pape, ce sont des règles humaines *statuta humana*, à qui appartient-il donc d'apprécier et de juger cette nécessité, cette utilité, si ce n'est à l'autorité séculière ? Le christianisme n'a point été établi pour organiser, mais pour sanctifier la famille et la société, sa mission est assez belle, il n'a pas besoin d'usurper un pouvoir qui ne lui appartient pas.

[2] C'est le cas, ou jamais, de s'écrier : *qui potest capere, capiat !* Un jurisconsulte célèbre, en parlant de ce passage, a dit, non sans raison : *vera et genuina ratio est, quia summus pontifex pecuniâ indiget...* On sait trop que les dispenses ne sont point accordées gratuitement, que la somme à payer est plus ou moins forte, selon la proximité ou l'éloignement du degré de parenté. C'est encore ce qui explique pourquoi les papes ont adopté une manière de compter les degrés si différente de celle du droit civil : il fallait étendre les empêchements.

trième degré, et par conséquent dans le degré permis, il ne permettait point néanmoins le mariage du grand-oncle avec sa petite-nièce, ni celui du petit-neveu avec sa grand'tante, *quia parentum loco habentur*. Par la même raison, le mariage ne doit pas être permis entre un oncle et son arrière-nièce, en quelque degré éloigné que soit sa nièce [1].

149. La décision du concile de Latran, qui a fixé au quatrième degré inclusivement la défense de mariage entre parents, a toujours été depuis observée, et l'est encore aujourd'hui dans toute l'Eglise latine, aussi bien que la décision de Grégoire IX, ci-dessus rapportée, pour régler le degré de parenté entre cousins dans la ligne inégale.

Il nous reste à observer que, pour que la parenté forme un empêchement dirimant de mariage, il n'importe qu'elle soit une parenté légitime, ou qu'elle procède d'unions illégitimes; car ce n'est que la proximité du sang qui est à cet égard considérée: *Nihil interest ex justis nuptiis cognatio descendat, an verò non; nam et vulgò quæsitam sororem quis vetatur uxorem ducere;* L. 24, ff. *de Rit. nupt.*

Art. II. — De l'empêchement qui résulte de l'affinité.

Nous expliquerons dans un premier paragraphe, ce que c'est que l'affinité proprement dite.— Nous verrons dans un second, dans quelles lignes et dans quels degrés l'affinité forme un empêchement de mariage, et quels ont été les différents changements de discipline à cet égard.—Nous expliquerons dans un troisième, quels étaient les genres d'affinités qui ont été abrogés par le concile de Latran.— Nous traiterons dans un quatrième, de l'espèce d'affinité qui naît d'une union illicite.

§ I. *Ce que c'est qu'affinité.*

150. L'*affinité* proprement dite, est le rapport qu'il y a entre l'un des conjoints par mariage, et les parents de l'autre conjoint: *Necessitudo inter unum è conjugibus et alterius conjugis cognatos.*

---

[1] Le conseil d'Etat, consulté sur ce point, rendit le 23 avril 1808 un avis ainsi conçu: « Le Code ne prohibe que « les mariages entre l'oncle et la nièce, « la tante et le neveu. Le législateur « n'a pas cru devoir étendre ses défen- « ses aux degrés plus éloignés. »

Cet avis ne fut point approuvé par le chef du gouvernement, qui fit au contraire insérer au *Bulletin des lois*, le 7 mai 1808. « Le conseil d'Etat ayant « délibéré dans sa séance du 23 avril « 1808, d'après le renvoi de S. M. « sur le rapport du grand juge minis- « tre de la justice, tendant à faire dé- « cider la question de savoir si le ma- « riage est permis entre le grand oncle « et la petite nièce, sa majesté impériale « et royale a rendu le décret suivant: « Le mariage entre un grand oncle « et sa petite nièce ne peut avoir lieu « qu'en conséquence de dispenses ac- « cordées conformément à ce qui est « prescrit par l'art. 164 du Cod. civ. » *V.* ci-dessus, p. 63, note 2.

On peut avec raison se refuser à reconnaître l'autorité de cette décision, elle était complétement inconstitutionnelle. Mais au fond est-elle contraire à la raison? nous ne le croyons pas: au contraire elle entre, à notre avis, parfaitement dans l'esprit de la loi. Le motif des lois romaines *quia parentum loco habentur*, n'est point à dédaigner. Les relations habituelles, l'influence, presque l'autorité d'un grand oncle sur sa petite nièce, sont autant, et peut-être même plus à craindre que ceux d'un oncle à l'égard de sa nièce. Il faudrait s'attacher bien scrupuleusement à la lettre de la loi pour se refuser à lui donner cette extension.

Selon cette définition, tous les parents du mari sont les affins de sa femme; et tous les parents de la femme sont les affins du mari. Pareillement j'ai pour affins les maris de mes parentes, et les femmes de mes parents.

Affines sunt (dit le jurisconsulte Modestinus) *viri et uxoris cognati, dicti ab eo quòd duæ cognationes quæ diversæ inter se sunt, per nuptias copulantur, et altera ad alterius cognationis finem accedit*; L. 4, § 3, ff., *de Grad. et Affin.*

151. Quoiqu'il n'y ait pas proprement de lignes ni de degrés dans l'affinité, les affins ne descendant pas d'une même souche, *gradus affinitatis nulli sunt; eâd.* L. 4, § 5; néanmoins, dans un sens moins propre, on y distingue aussi des lignes et des degrés.

L'affinité de l'un des conjoints par mariage, avec les parents de l'autre conjoint, est censée être dans la même ligne et au même degré qu'est leur parenté avec l'autre conjoint.

152. Le droit civil fait résulter du mariage l'affinité: *Conjungendæ affinitatis causa fit ex nuptiis*; *eâd.* L. 4; § 3. Il ne distingue pas s'il a été consommé ou non.

Le droit canonique la fait résulter de la consommation du mariage par le commerce charnel. La raison est prise de la loi du lévitique, qui défend le mariage avec la femme de notre parent, parce qu'elle est devenue une même chair avec lui: *Turpitudinem uxoris fratris tui non revelabis, quia turpitudo fratris tui est.*

De là il suit que, lorsqu'un mariage a été dissous avant la consommation, il n'y a pas proprement d'affinité entre l'un des conjoints et les parents de l'autre; mais il y a une autre espèce de relation entre ces personnes, qui, par une raison d'honnêteté publique, forme entre elles un empêchement de mariage, tel que celui de l'affinité [1], comme nous le verrons *infrà*, art. 5.

§ II. *Quelles affinités forment un empêchement dirimant de mariage. Changement de discipline à cet égard.*

153. L'affinité dans la ligne directe, en quelque degré qu'elle soit, est un empêchement dirimant de mariage par le droit naturel. La loi du lévitique punit de mort le mariage ou commerce charnel entre des personnes qui se touchent d'affinité dans cette ligne: *Qui dormierit cum novercâ suâ, et revelaverit ignominiam patris sui, morte moriatur*; Lévit. 20, v. 11. *Si quis dormierit cum nuru suâ, uterque moriatur*; v. 12.

154. L'affinité de la ligne collatérale était aussi, par la loi du lévitique, à l'égard de certaines personnes, un empêchement de mariage. Cette loi défendait d'épouser la femme de son frère: *Qui duxerit uxorem fratris, rem facit illicitam* [2]; Lévit. 20, 21; et au chapitre 18, v. 16: *Turpitudinem uxoris fratris tui non revelabis, quia turpitudo fratris tui est.* C'était le crime dont saint Jean-Baptiste reprit Hérode qui avait épousé Hérodiade, veuve de son frère. S. Jean disait à Hérode: *Non licet tibi habere eam*; Matth. XIV, v, 4.

La loi du Lévitique défendait aussi le commerce charnel avec la femme de son oncle: *Qui coierit cum uxore patrui vel avunculi sui, et revelaverit ignominiam cognationis suæ, portabunt ambo iniquitatem suam*; v. 20.

La même défense se trouve au chapitre 18, v. 19, où il est dit: *Turpitudinem patrui tui non revelabis, nec accedes ad uxorem ejus quæ tibi affinitate conjungitur.* Jansénius, sur ce texte, observe très bien que ce qui est dit, *nec*

---

[1] L'affinité ou alliance résulte incontestablement du mariage même, sans rechercher s'il a été consommé par le commerce charnel ou non.

[2] Sauf dans le cas auquel elle n'aurait laissé aucuns enfants; auquel cas le frère du défunt, non-seulement pouvait, mais devait l'épouser, *ad suscitandum semen fratri suo.* Deutéron., XXV, 5. (*Note de l'édition de 1768.*)

accedes, etc., est l'explication de ce qui précède, *turpitudinem patrui tui non revelabis*, et que c'est la femme de l'oncle, qui est en cet endroit appelée *turpitudo patrui ; quia facta est una caro cum patruo.*

155. Par les lois romaines, l'affinité dans la ligne directe a, en tous les degrés, toujours été un empêchement dirimant de mariage ; L. 14, ff. *de Rit. nupt.*

Le mariage n'était point défendu par les lois romaines, entre les personnes qui ne se touchaient d'affinité que dans la ligne collatérale, jusqu'à la loi de l'empereur Constance, qui défendit, comme incestueux, le mariage avec la veuve de son frère, ou avec la sœur de sa défunte femme ; L. 2, Cod. *Theod., de Incest. nupt.*

Cette loi fut renouvelée par Valentinien et Théodose : *Fratris uxorem ducendi, vel duabus sororibus conjungendi, penitùs licentiam summovemus, nec dissoluto quocumque modo conjugio ;* L. 5, Cod., *de Incest. nupt.*

Honorius contrevint à la loi de son père, en épousant successivement les deux filles de Stilicon.

156. Nous ne trouvons, ni dans le Code Théodosien, ni dans le Code de Justinien, aucune loi qui ait défendu le mariage dans d'autres degrés d'affinité de la ligne collatérale.

L'auteur des *Conférences de Paris*, qui a cru trouver dans la loi 4, Cod. *Theod., de Incest. nupt.*, une défense de mariage entre une veuve et le cousin germain de son mari, n'a pas entendu cette loi ; il y est dit : *Tanquàm incestum commiserit habeatur, qui post prioris conjugis amissionem, sororem ejus in matrimonium proprium crediderit sortiendam : pari àc simili ratione, si quæ post interitum mariti in* GERMANI *ejus nuptias crediderit aspirandum.*

Cet auteur a cru que ces termes, *germani ejus*, signifiaient son cousin germain : c'est une bévue grossière. Le terme *germanus* signifie en latin un frère, et non un cousin germain, qui s'appelle *consobrinus;* les termes de la loi, *pari ac simili ratione,* devaient lui faire faire attention à cette signification.

157. Avant que les empereurs eussent défendu le mariage entre un homme et la sœur de sa défunte femme, et celui d'une femme avec le frère de son défunt mari, l'Eglise tenait ces mariages pour incestueux, comme contraires à la loi du Lévitique.

C'est ce qui paraît par le second canon du concile de Néocésarée, tenu sous Constantin, l'an 314, qui porte : *Mulier si duobus fratribus nupserit, abjiciatur usque ad mortem : verumtamen in exitu, propter misericordiam, si promiserit quòd facta incolumis, hujus conjunctionis vincla dissolvat, fructum pœnitentiæ consequatur.*

Par la même raison, quoique les empereurs n'eussent pas fait la loi pour défendre le mariage d'un neveu avec la veuve de son oncle, ce mariage étant pareillement défendu par la loi du Lévitique, l'Eglise le regardait comme incestueux.

Le concile *Epaunense*, tenu l'an 517, sous saint Sigismond, roi des Bourguignons, rapporte au canon 20, entre les différentes unions incestueuses, celle du neveu avec la veuve de son oncle : *Si quis relictæ avunculi misceatur aut patrui.*

Le concile de Clermont, *Arvernense,* tenu l'an 535, can. 12; le troisième concile d'Orléans, tenu l'an 538, can. 10, portent la même chose.

Le concile d'Auxerre, tenu l'an 578, can. 32, dit aussi : *Non licet ut nepos avunculi uxorem accipiat.*

158. Depuis, la discipline s'est établie que le mariage entre affins devait être défendu dans tous les mêmes degrés dans lesquels il est défendu entre parents : la raison, dit-on, pour laquelle le mariage est défendu entre parents, c'est parce qu'il est dit dans la loi du Lévitique : *Omnis homo ad propinquam sanguinis sui non accedet, ut non revelet turpitudinem ejus;* or, dit-on, la

raison milite à l'égard des affins; car la femme de mon cousin étant devenue par le mariage *una eademque caro* avec mon cousin, le mariage que je contracte avec elle après la mort de mon cousin, est incestueux, parce que par ce mariage, *revelatur turpitudo cognationis meæ.*

Pareillement, un mari devenant par le mariage *una eademque caro* avec sa femme, le mariage qu'une cousine de sa femme contracte avec lui, est incestueux; parce que par ce mariage cette femme *revelat turpitudinem cognationis suæ.*

Il n'est pas bien certain quand cette discipline a commencé; le soixante-unième canon du concile d'Agde n'est pas suffisant pour établir qu'elle avait déjà lieu dans le commencement du sixième siècle, puisque, comme nous l'avons déjà observé *suprà*, n° 238, ce canon est suspect, et ne se trouve pas dans les anciens manuscrits de ce concile.

On ne peut pas non plus prouver par les canons des conciles tenus dans le cours du sixième siècle, et que nous avons rapportés, que cette discipline fût déjà établie dans ce siècle : ces canons déclarent incestueux le mariage du neveu avec la veuve de son oncle, celui d'un cousin avec sa cousine germaine, ou même au troisième degré; mais ils ne s'expliquent pas sur le mariage d'un cousin avec la veuve de son cousin. Dira-t-on qu'ils comprennent sous le terme *consobrinam sobrinamve*, tant celles qui sont cousines par affinité, que celles qui le sont par parenté? Mais il n'y a rien qui établisse cela.

Cette discipline était-elle déjà établie au septième siècle? Le concile de Paris, tenu l'an 615, avait-il déjà défendu le mariage d'un cousin avec la veuve de son cousin? La décision de la question dépend de l'interprétation qu'on doit donner au canon quatorzième de ce concile; il y est dit : *Incestas conjunctiones ab omni Christianorum populo censuimus resecari; ità ut si quis relictam fratris, sororem uxoris, consobrinam sobrinamve, vel* RELICTAM *item patrui, vel avunculi, vel in religionis habitu deditam, conjugii consortio crediderit violandam, tandiù à communionis gratiâ segregetur, quandiù ab illicitis conjunctionibus sequestratione manifestandâ debeat abstinere.*

L'équivoque qui se trouve dans ce canon tombe sur ces mots, *vel relictam*, qui se trouvent après *consobrinam sobrinamve.* Dans le canon, tel que le rapporte le père Labbe, tome 5, page 1652, on lit sans virgule, *vel relictam item patrui vel avunculi.* Suivant cette leçon, ces termes, *vel relictam*, se rapportent à *patrui vel avunculi*; mais à quoi vient le mot *item?* Au contraire, si on met une virgule après ces mots, *vel relictam*, ils se rapportent aux mots qui précèdent, *consobrinam sobrinamve*, et le sens sera : *Si quis consobrinam sobrinamve vel relictam* (supple consobrini sobrinive) *item patrui vel avunculi* (supple relictam).

Suivant cette seconde leçon, qui me paraît la plus naturelle, le concile aurait déclaré incestueux le mariage avec la veuve d'un cousin germain ou issu de germain; et par conséquent le système qui défend le mariage entre affins dans tous les mêmes degrés dans lesquels il est défendu entre parents, paraîtrait déjà avoir été reçu au temps de ce concile. Au contraire, suivant la première leçon, le concile n'aurait déclaré incestueux que le mariage du neveu avec la veuve de l'oncle; il n'aurait pas parlé de celui avec la veuve d'un cousin; et la décision n'aurait eu rien de différent de celle des conciles du siècle précédent.

159. Le huitième siècle nous fournit des monuments non équivoques de la défense du mariage entre affins dans tous les mêmes degrés dans lesquels il est défendu entre parents. Grégoire II, dans un canon du concile romain, tenu l'an 721, que nous avons rapporté *suprà*, n° 142, défend, d'une manière illimitée, le mariage entre affins, de même qu'entre parents : *Si quis de propriâ cognatione* VEL QUAM COGNATUS HABUIT, *duxerit uxorem, anathema sit.*

Nous trouvons un autre monument de cette discipline dans le concile de

Compiègne, tenu sous le roi Pepin, l'an 757, *in generali populi conventu*. Ce concile ordonne par le premier canon, que nous avons rapporté *suprà*, n° 42, de séparer les parents qui sont mariés, lorsqu'ils sont au troisième degré, et lorsque l'un est au troisième et l'autre au quatrième : il ordonne ensuite la même chose par le second canon, à l'égard des affins dans les mêmes degrés : *Si duo in tertio loco sibi pertinent, sive vir, sive fœmina, aut unus in tertio, alter in quarto, uno mortuo, non licet accipere uxorem ejus, et si inventi fuerint, separentur : una lex est de viris et de fœminis.*

Le capitulaire de Charlemagne, que nous avons rapporté *suprà*, n° 142, doit s'entendre conformément à la décision de ce concile ; en conséquence, les termes de ce canon, *aut alterius gradûs consobrinam*, doivent s'entendre en ce sens, *quomodocumque sit consobrina, sive per propriam propinquitatem, sive per affinitatem.*

160. Depuis ce temps, les mariages entre affins ont toujours été défendus dans tous les mêmes degrés dans lesquels ceux entre parents l'étaient, et permis dans les mêmes degrés dans lesquels l'étaient ceux entre parents.

C'est pourquoi, lorsque la défense des mariages entre parents fut étendue au sixième et au septième degré, celle des mariages entre affins fut étendue aux mêmes degrés : les lois ecclésiastiques de Canut, roi d'Angleterre, s'en expliquent bien formellement ; il est dit cap. 7 : *Ne quis fide Christianâ tinctus intrà sextum suæ cognationis gradum nuptias contrahat, neve cui cum eo fuerat intrà sextum gradum necessitudo viduam in matrimonium ducat, neque ei quam antè habuerat uxorem aliquam consanguinitate propinquam in matrimonium ducat.*

Le concile de Latran ayant borné au quatrième degré la défense des mariages pour cause de parenté, l'a bornée au même degré pour cause d'affinité. C'est la discipline qui est aujourd'hui observée dans l'Eglise [1].

§ III. *Des genres d'affinité abrogés par le concile de Latran.*

161. Les canonistes avant le troisième concile de Latran, distinguaient trois différents genres d'affinité. Le premier était l'affinité qui est entre l'un des conjoints par mariage, et les parents de l'autre conjoint ; laquelle affinité est l'affinité proprement dite, *necessitudo inter unum è conjugibus et alterius conjugis cognatos*, la seule qui fût connue par les lois romaines et dans les premiers siècles de l'Eglise, et dont nous avons parlé jusqu'à présent.

Le second genre d'affinité était l'affinité que les canonistes avaient imaginée entre l'un des conjoints par mariage, et les affins de l'autre conjoint.

Le troisième genre était celui qu'ils avaient imaginé entre l'un des conjoints par mariage, et les affins du second genre de l'autre conjoint.

Ceci se comprendra mieux par l'exemple qu'en donne la glose sur le chapitre 8, *de Consanguinitate*. La femme de mon frère tient, par affinité, lieu de sœur aux autres frères et sœurs de mon frère, et à moi ; cette affinité est l'affinité du premier genre, l'affinité proprement dite, *necessitudo inter unum è conjugibus et alterius conjugis cognatos.*

Si cette belle-sœur, après la mort de mon frère, vient à se remarier, il se contracte une affinité entre son second mari et moi, et mes frères et sœurs, par laquelle il nous tient lieu de beau-frère. Cette affinité n'est pas l'affinité du premier genre ; car nous ne sommes pas les parents de sa femme ; mais

---

[1] Aujourd'hui l'alliance est un empêchement au mariage dans la ligne directe à l'infini, de la même manière que la parenté. *V.* art. 161, C. civ., ci-dessus, p. 63, note 1. En collatérale elle n'est un empêchement qu'entre beaux-frères et belles-sœurs. (*V.* art. 162, C. civ., ci-dessus, p. 63, note 2.) Mais aujourd'hui on peut obtenir dispense. Art. 164, *ibid.*

nous sommes les affins de sa femme, nous sommes les beaux-frères et les belles-sœurs de sa femme.

Si ensuite, après la mort de notre belle-sœur, ce second mari de notre belle-sœur vient à se remarier, il se contractera un troisième genre d'affinité, par laquelle sa seconde femme nous tiendra lieu de belle-sœur, parce que nous sommes affins du second genre d'affinité avec son mari.

Ces affinités du second et du troisième genre formaient, avant le concile de Latran, un empêchement dirimant de mariage, de même et dans les mêmes degrés que l'affinité du premier genre. Le concile de Latran a abrogé la défense des mariages pour cause de ces deuxième et troisième genres d'affinité; *Voyez* néanmoins en l'article 5, *infrà*, ce qui est dit de l'affinité du second genre dans la ligne directe.

§ IV. *De l'espèce d'affinité qui naît d'une union illicite.*

162. Lorsque deux personnes ont commis ensemble une fornication, il naît de cette union illicite une espèce d'affinité entre l'une de ces personnes et les parents de l'autre.

Elle est fondée sur une raison semblable à celle sur laquelle est fondée l'affinité proprement dite, qui naît d'un mariage consommé : ces personnes, par le commerce charnel, quoique illicite, qu'elles ont ensemble, deviennent *una caro.* Saint Paul le dit expressément en sa première épître aux Corinthiens, ch. 6, v. 16 : *An nescitis quoniam qui adhæret meretrici, unum corpus efficitur, erunt quoque duo in carne unâ?*

Cette espèce d'affinité forme entre les personnes entre lesquelles elle a été contractée, un empêchement dirimant du mariage qu'elles contracteraient ensuite.

Le concile de Trente a restreint cet empêchement au premier et au second degré de cette affinité; et en cela elle est différente de l'affinité proprement dite qui naît du mariage consommé, laquelle forme un empêchement de mariage jusqu'au quatrième degré inclusivement, comme nous l'avons vu ci-dessus[1].

Comme nous nous sommes conformés sur ce point à la discipline établie par le concile de Trente, nous rapporterons les termes du décret de ce concile qui l'établit. Au chap. 4 de la session 24, il est dit : *Sancta Synodus gravissimis de causis adducta, impedimentum quod propter affinitatem ex fornicatione contractam inducitur, et matrimonium posteà factum dirimit, ad eos tantùm qui in primo et secundo gradu conjunguntur, restringit; in ulterioribus statuit affinitatem, matrimonium posteà contractum, non dirimere.*

On fait plusieurs questions sur cette espèce d'affinité :—1° si elle était connue dans le droit romain, et si elle y faisait un empêchement de mariage; —2° si elle formait un empêchement de mariage dans les premiers siècles de l'Eglise;—3° dans quels degrés cette affinité était un empêchement de mariage avant le concile de Trente;—4° si le concile de Trente, en restreignant l'empêchement dirimant au premier et second degré de cette affinité, a permis le mariage dans les degrés suivants;—5° si cette affinité n'est un empêchement dirimant que lorsque le commerce criminel qui l'a formée, a été connu dans le public; et quelle preuve doit être reçue de ce commerce;—6° quel effet a l'affinité formée par un commerce illicite que l'un des conjoints a eu pendant son mariage avec le parent ou la parente de l'autre, par rapport au mariage durant lequel elle a été contractée.

---

[1] Notre Code ne s'est point occupé de cette espèce d'affinité, il ne la reconnaît donc pas comme empêchement au mariage.

QUESTION Ire. — *Si l'espèce d'affinité qui naît d'une union illicite, était connue dans le droit romain; et si elle formait par ce droit un empêchement de mariage.*

163. Le mariage d'une femme avec le père ou le fils de celui avec qui elle a eu auparavant un commerce charnel illicite, est trop contraire à l'honnêteté naturelle qui doit régner dans les mariages, pour qu'on puisse douter que les Romains, qui en étaient si religieux observateurs, n'aient condamné de tels mariages. Nous ne trouvons néanmoins dans leurs lois aucun texte formel qui les condamne; mais on peut tirer un argument de la loi 4, Cod. *de Nupt.*, où il est dit : *Liberi concubinas parentum suorum uxores ducere non possunt.* Cette loi n'est pas, à la vérité, dans l'espèce précise de la question; car l'union qu'un homme avait avec une femme que les Romains appelaient *concubine*, n'était pas une union illicite; elle était expressément permise par les lois; *Concubinatus per Leges nomen assumpsit* : elle était un vrai mariage, *individuam vitæ consuetudinem continens*; sauf que ce mariage, qui n'était pas un mariage civil, ne donnait pas à la femme le titre de *justa uxor*, ni aux enfants les droits de famille, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 7. Mais quoique cette loi ne soit pas précise pour notre espèce, voici l'argument qu'on en peut tirer. La défense qui est faite par cette loi, du mariage entre les enfants et la concubine de leur défunt père, n'est pas faite pour *cause d'affinité*; car, comme nous l'avons vu ci-dessus, il n'y avait que le mariage civil qui produisît l'affinité entre l'un des époux et les parents de l'autre, *affinitatis causa fit ex nuptiis*; L. 4, ff. *de Grad. et Affin.* L'union qu'il y avait eue entre cet homme et la femme qu'il avait à titre de concubine, quoique permise par les lois, n'étant pas un mariage civil, *justæ nuptiæ*, et n'ayant pu par conséquent produire d'affinité entre cette femme et les enfants que cet homme avait eus d'un précédent mariage, la défense du mariage ne peut avoir d'autre cause que la raison d'honnêteté qui résulte du commerce charnel qu'il y avait eu entre le père de ces enfants et cette femme. Donc, suivant cette loi, le commerce charnel qui intervient entre un homme et une femme, est seul suffisant par lui-même pour produire un empêchement de mariage entre l'une des parties et les enfants de l'autre; et s'il produit cet empêchement, en tant qu'il est commerce charnel, il n'importe qu'il ait été licite ou illicite.

QUESTION II. — *Si dans les premiers siècles de l'Eglise, l'espèce d'affinité qui naît d'une union illicite, formait un empêchement de mariage.*

164. On a coutume de tirer argument pour cela du dernier canon du concile d'Ancire, tenu l'an 301, où il est dit : *Sponsam quidem habens, sororem ejus violavit, et gravidam reddidit, postmodùm desponsatam sibi duxit uxorem, illa verò quæ corrupta est laqueo se peremit : hi qui fuerunt conscii, post decennem satisfactionem jussi sunt suscipi, secundùm gradus pœnitentiæ constitutos.* Le mariage que l'homme dont il est parlé dans ce canon, avait contracté avec sa fiancée, après avoir violé la sœur de sa fiancée, est rapporté parmi les crimes pour lesquels la pénitence de dix ans avait été imposée à tous ceux qui y avaient eu part; et ce mariage ne pouvait être regardé comme criminel, que par rapport à l'espèce d'affinité que le commerce illicite qu'il avait eu auparavant avec la sœur de sa fiancée, lui avait fait contracter avec sa fiancée : donc, au temps du concile, le commerce charnel illicite que deux personnes avaient ensemble, formait entre l'une de ces personnes et les père, mère, frères et sœurs de l'autre, une espèce d'affinité, et un empêchement de mariage.

QUESTION III.—*Si avant le concile de Trente, l'espèce d'affinité qui naît d'un commerce charnel illicite, formait un empêchement de mariage dans tous les mêmes degrés que l'affinité proprement dite qui naît du mariage consommé.*

165. Le concile de Trente, en déclarant qu'il restreint cette espèce d'affinité au premier et second degré, (*Sancta synodus impedimentum quod propter affinitatem ex fornicatione contractam induitur.... ad eos tantùm qui in priori et secundo gradu conjunguntur,* RESTRINGIT) fait assez clairement entendre que cette espèce d'affinité formait auparavant un empêchement dans les degrés ultérieurs, c'est-à-dire, dans les mêmes degrés que l'affinité proprement dite, d'autant plus que le concile de Latran n'avait établi aucune distinction entre l'affinité légitime et cette espèce d'affinité.

La décrétale d'Alexandre III, qui est au ch. 2, tit. *De eo qui cogn. consang. uxoris*, de la première collection; et celle d'Urbain III, qui est au chapitre dernier *de Divort.* de la même collection, n'établissent pas le contraire. Ces papes décident seulement que cette espèce d'affinité, lorsqu'elle passe le second degré, ne rompt pas le mariage durant lequel elle est contractée, et n'en interdit pas l'usage; mais ils ne disent pas que cette espèce d'affinité dans ces degrés, ne forme pas un empêchement à un mariage que les personnes qui l'ont contractée, voudraient depuis contracter ensemble.

On doit faire la même réponse à ce que dit le pape Innocent III, à la fin du chap. 6, Extr. *de eo qui cogn. consang. uxor.*, que « quelques-uns de ses prédécesseurs avaient distingué entre les degrés proches et les degrés éloignés;» car ce chapitre étant dans l'espèce d'une affinité qu'une femme avait contractée avec son mari par un commerce illicite qu'elle avait eu malgré elle durant son mariage avec un parent de son mari, la distinction que quelques prédécesseurs d'Innocent III avaient faite entre les degrés proches et les degrés éloignés, ne concernait que l'effet que devait avoir l'affinité qui naît du commerce illicite, par rapport au mariage durant lequel elle avait été contractée, et non celui qu'elle a par rapport à un mariage, que les personnes qui l'ont contractée, voudraient depuis contracter ensemble.

Il y a plus. Lorsque l'affinité proprement dite qui naît du mariage consommé, formait un empêchement de mariage jusqu'au septième degré, il y a lieu de croire que l'affinité qui naît d'un commerce illicite, en formait pareillement un dans tous les mêmes degrés; c'est ce qui paraît par le chap. 26 de la neuvième partie du décret d'Yves de Chartres, où il est dit: *Progeniem suam unumquemque usque ad septimam observare decrevimus generationem; et quandiù se agnoscant affinitate propinquos, nec eam quam aliquis ex propriâ consanguinitate conjugem habuit, vel aliquâ illicitâ pollutione maculavit, in conjugio ducere ulli Christianorum licet.* Il est défendu à tout chrétien, par ce canon, d'épouser sa parente, ou celle qui a été la femme de quelqu'un de ses parents, ou avec qui quelqu'un de ses parents a eu un commerce illicite; et la défense est faite jusqu'au septième degré. Quoique les savants aient reconnu que la prétendue lettre de saint Grégoire à Félix de Messine, d'où Yves de Chartres a tiré ce canon, soit une pièce supposée, et vraisemblablement fabriquée par Isidore Mercator, dans la collection duquel Yves de Chartres l'avait trouvée, elle sert, toute fausse qu'elle est, à prouver qu'au temps d'Isidore Mercator, et au temps d'Yves de Chartres, c'était la discipline de l'Eglise.

Ce canon se trouve aussi au décret de Gratien, partagé en deux, caus. 35, q. 2, can. 10 et can. 16.

QUESTION IV.— *Si depuis le concile de Trente, qui a restreint au premier et au second degré de l'affinité qui naît du commerce illicite, l'empêchement de mariage, on peut licitement contracter mariage dans le troisième et quatrième degré de cette affinité.*

166. Quelques théologiens avaient trouvé de la difficulté sur cette question : ils pensaient qu'on pouvait dire que le concile n'ayant pas permis expressément le mariage dans le troisième et quatrième degré de cette affinité, dans lesquelles il était défendu auparavant, et ayant seulement dit qu'ils ne formeraient plus à l'avenir un empêchement dirimant, les mariages dans ces degrés continuaient d'être défendus, et n'étaient pas licitement contractés, quoiqu'ils le fussent valablement.

Pie V, consulté sur cette question, a décidé par sa bulle *ad Romanum Pontificem*, de 1566, qui se trouve dans le Bullaire, que le mariage pouvait être licitement contracté dans ces degrés. Sa décision paraît conforme à l'esprit du concile de Trente.

Lorsque le concile de Latran a retranché trois degrés dans les empêchements de parenté et d'affinité, on n'a pas douté que la parenté ou l'affinité dans les degrés retranchés, n'ait cessé d'être un empêchement prohibitif, aussi bien qu'un empêchement dirimant. Par la même raison, on ne doit pas douter que cette espèce d'affinité, qui naît d'un commerce illicite, ne doit former aucun empêchement, ni dirimant, ni simplement prohibitif, dans les degrés que le concile de Trente a retranchés.

On peut faire la même question à l'égard des degrés retranchés par ce concile dans les empêchements d'honnêteté publique de fiançailles et d'alliance spirituelle; et on la doit décider de même.

QUESTION V.—*Si l'affinité formée par un commerce charnel illicite entre une des personnes qui ont eu ce commerce, et les parents de l'autre, fait un empêchement dirimant de mariage dans les degrés prohibés, lorsque ce commerce a été tenu secret; et quelles preuves doit-on recevoir de ce commerce.*

167. L'affinité qui naît du commerce illicite, n'est un empêchement dirimant de mariage, que lorsque ce commerce est connu et a éclaté dans le public. C'est pourquoi si, après que j'ai eu commerce illicite avec une femme qui a été tenu secret, la fille ou la sœur de cette femme contracte depuis de bonne foi mariage avec moi, je pèche grièvement en le contractant; mais ce mariage ne doit pas être annulé. C'est la décision du pape Alexandre III, au chap. 4 du titre *De eo qui cognovit consang.* de la première collection, dont voici les termes : *De eo qui mulierem quamdam cognovit, et filiam ejusdem sibi* POSTEA *in matrimonium copulavit, cui jam per decennium cohabitavit, tuæ Prudentiæ respondemus, quòd si delictum ejus, sicut nobis significasti, occultum exstitit, pœnitentia sibi condigna debet imponi, nec est ab uxore quæ tanti sceleris inscia est, separandus; si autem id publicum et notorium esse dignoscitur, ab uxore separari debet, et perpetuò sine spe conjugii permanere.*

De là il suit que, dans les demandes en cassation de mariage pour cause de cette espèce d'affinité qui naît d'un commerce illicite, les juges peuvent bien admettre la preuve de ce commerce, lorsqu'il a été public et connu, comme dans l'espèce de l'arrêt du 20 août 1664, qui cassa un mariage sur la preuve qui fut faite que le mari, avant ce mariage, avait entretenu publiquement la fille de sa femme. Mais lorsque le commerce criminel a été secret, et n'a pas éclaté dans le public, les juges n'en doivent point permettre la preuve, ni encore moins permettre d'obtenir des monitoires pour en acquérir la connaissance.

Observez aussi que, pour prouver suffisamment qu'un homme a, avant son mariage, entretenu publiquement un commerce criminel avec une parente de sa femme, il ne suffit pas d'établir que c'était le bruit du quartier, si d'autres preuves ne concourent : *Rumor viciniæ* (dit sur cette question le pape Alexandre III), *non est momenti usque adeò validi judicandus, quòd nisi rationabiles et fide dignæ probationes accedant, possit benè constitutum matrimonium irritari* [1]; cap. 4, Extr. *de eo qui cognovit consang. uxor.*

QUESTION VI.—*Quel effet a l'affinité formée par un commerce charnel illicite, que l'un des conjoints a eu pendant son mariage avec la parente de l'autre, par rapport au mariage durant lequel elle a été contractée.*

168. Le concile de Trente ne regarde l'espèce d'affinité qui naît d'un commerce illicite, comme un empêchement dirimant du mariage, qu'à l'égard, seulement de celui que les parties qui l'ont contractée, voudraient contracter ensemble par la suite. C'est ce qui paraît par ces termes : *Sancta synodus.... impedimentum quod propter affinitatem ex fornicatione contractam inducitur, et matrimonium posteà factum dirimit,* etc. Il n'est donc pas douteux que, suivant le concile de Trente, cette espèce d'affinité ne rompt pas le mariage durant lequel elle est contractée.

Dès avant le concile de Trente, le pape Innocent III avait décidé que l'affinité contractée durant le mariage par un commerce criminel que l'un des conjoints avait eu avec le parent ou la parente de l'autre conjoint, ne rompait pas le mariage durant lequel elle était contractée; la partie innocente qui n'avait point eu de part au commerce criminel qui a formé cette affinité, ne devant pas sans son fait être privée des droits que lui avait donnés son mariage : et le pape ne veut pas qu'on distingue, comme avaient fait quelques-uns de ses prédécesseurs, si le commerce illicite avait été public ou caché, ou si l'affinité était dans les degrés les plus proches ou dans des degrés plus éloignés. *Nec affinitas,* dit-il, *quæ post contractum legitimè matrimonium inter virum et uxorem iniquè contrahitur, ei debet officere quæ hujusmodi iniquitatis particeps non existit; quùm jure suo non debeat sine culpâ suâ privari; quamquàm à quodam prædecessore nostro dicatur in simili casu fuisse distinctum, utrùm incestus vel adulterium manifestum fuerit, an occultum, aliis asserentibus inter gradum proximum et remotum esse potiùs distinguendum;* cap. 6, Extr. *de Eo qui cogn. consang.*

169. Quoique l'affinité qui est formée par un commerce illicite qu'a eu l'un des conjoints avec le parent ou la parente de l'autre, ne rompe pas le mariage durant lequel elle est formée, on doit néanmoins exhorter les conjoints, entre lesquels cette affinité est contractée, à vivre dans la continence, et à s'abstenir de l'usage du mariage : mais si la partie innocente déclare qu'il lui est trop difficile de garder la continence, on doit lui permettre d'exiger de l'autre partie le devoir conjugal. C'est ce que décide le pape Innocent III : *Tuæ Fraternitatis devotio postulavit utrùm is qui cum sorore legitimæ conjugis fornicatus, cum uxore possit posmodùm commorari, et exigere debitum ac solvere requisitus? Respondemus quòd uxor à commixtione viri abstineat propter publicam honestatem, et in continentiâ maneat, donec vir viam universæ carnis ingressus fuerit, diligentiùs est monenda; quòd si fortè commonitioni pareri recusans talis fuerit ut de lapsu timeatur ipsius, vir ejus poterit et debebit cum Dei timore debitum ei solvere conjugale, quùm affinitas*

---

[1] De pareilles procédures produisaient plus de scandale et causaient un plus grand mal que celui qu'on voulait éviter.

post matrimonium iniquè contracta, illi nocere non debeat quæ iniquitatis particeps non existit; cap. 10, Extr. *eod. tit.*

Grégoire IX décide la même chose, *cap. fin.* Extr. *eod. tit.*

Observez que les papes, en décidant que la partie innocente peut, nonobstant l'affinité survenue, exiger le devoir conjugal, parce qu'elle ne peut, sans son fait, être privée de son droit, décident tacitement que le devoir conjugal peut bien être rendu, mais qu'il ne peut être exigé par la partie coupable qui a fait contracter l'affinité par le commerce illicite qu'elle a eu avec le parent ou la parente de l'autre partie.

Observez aussi que ce qui est décidé par le pape Luce II ou III, au chap. 17, *de Spons.*, etc., de la même collection, « que l'homme qui a eu durant son mariage un commerce charnel avec la mère de sa femme, ne doit plus cohabiter avec elle, » doit s'entendre en ce sens seulement, qu'il ne peut exiger de sa femme le devoir conjugal; qu'il doit même, autant qu'il est en lui, l'engager à ne pas l'exiger : mais le pape ne décide pas qu'il ne puisse, et même qu'il ne doive le rendre, si la femme l'exige absolument [1].

170. Le concile de Trente ayant depuis, en termes formels, restreint l'empêchement d'affinité formée par un commerce illicite, aux mariages que contracteraient par la suite les personnes qui ont contracté cette affinité, on peut dire qu'il a entièrement aboli cet empêchement, par rapport au mariage durant lequel le commerce charnel illicite serait intervenu; et qu'en conséquence, tant la personne qui a eu le commerce, que la partie innocente, peuvent réciproquement exiger l'un de l'autre le devoir conjugal. C'est le sentiment de M. Gibert, en sa *Tradition sur le Mariage*, tome 2, page 392.

ART. III. — De l'empêchement dirimant qui résulterait de la parenté purement civile.

171. La parenté purement civile est celle qui était formée par l'adoption entre la personne adoptée et son père adoptif, et tous les parents du nom et de la famille de son père adoptif.

Cette parenté formait le même empêchement que la parenté naturelle. Cet empêchement subsistait dans la ligne directe, même après que la parenté civile avait été dissoute par l'émancipation ; mais dans la ligne collatérale l'empêchement qu'avait formé la parenté civile, ne durait que tant que cette parenté durait. C'est pourquoi je n'aurais pas pu, à la vérité, épouser la fille de mon père adoptif, dont j'étais devenu par adoption le frère, tant que nous étions l'un et l'autre dans la famille; mais si elle ou moi en étions sortis par l'émancipation, la parenté civile étant en ce cas dissoute, je pouvais l'épouser, §§ 1 et 2, Inst. *de Nupt.*

172. Il n'y avait qu'une adoption véritable et solennelle qui formât cette parenté civile, et l'empêchement de mariage qui en résulte. Si par affection j'avais élevé chez moi dès l'enfance une fille de même que si elle eût été ma propre fille, elle n'était pas censée pour cela être ma fille adoptive, et il m'était permis de l'épouser.

C'est ce qui est décidé par Justinien en la loi 26, Cod. *de Nupt.* La chose avait néanmoins souffert longtemps de la difficulté, comme nous l'apprenons des termes de cette loi : *Nos vetustam ambiguitatem decidentes,* etc. Les plus légères ressemblances aux qualités de père et de fille, qui se trouvent dans des personnes, paraissaient à la délicatesse des Romains, devoir être des empêchements de mariage.

---

[1] Toutes ces questions peuvent occuper les loisirs des casuistes; mais elles sont étrangères à la jurisprudence... heureusement.

L'adoption n'étant plus depuis longtemps en usage parmi nous, il n'y a plus lieu à l'empêchement qui en résultait [1].

ART. IV. — De l'empêchement dirimant qui résulte de l'alliance spirituelle.

Nous verrons dans un premier paragraphe, quelles sont les trois espèces d'alliance spirituelle, dont les deux premières ont formé et forment encore aujourd'hui un empêchement dirimant de mariage, et dont le troisième en a longtemps formé un avant le concile de Trente.—Nous verrons dans un second paragraphe, quelle a été dans les différents siècles, avant le concile de Trente, la discipline de l'Eglise latine sur ces différentes espèces d'alliance spirituelle; — Dans un troisième, quelle est celle du concile de Trente que nous suivons aujourd'hui.—Enfin, dans un quatrième paragraphe, nous rapporterons quelques espèces particulières à l'égard desquelles on avait mis en question, si elles formaient une alliance spirituelle, et un empêchement de mariage [2].

§ I. *Quelles sont les différentes espèces d'alliance spirituelle, et avec quelles personnes elles sont contractées.*

173. La première espèce d'alliance spirituelle est celle que le sacrement de baptême forme entre la personne baptisée, d'une part, et celle qui lui a conféré le baptême, les parrains ou marraines qui l'ont tenue sur les fonts de baptême, lorsque le sacrement lui a été conféré, d'autre part.

Cette alliance spirituelle forme entre ces personnes un empêchement dirimant de mariage : c'est pourquoi une sage-femme ou une autre personne qui, dans un cas de nécessité, aurait baptisé un enfant; et pareillement un parrain ou une marraine, ne peuvent valablement contracter mariage avec la personne baptisée, à qui ils tiennent lieu de père ou de mère spirituels.

174. Pour que les parrains ou marraines contractent cette alliance spirituelle, et pour former l'empêchement dirimant de mariage qui en résulte, il n'importe qu'ils aient tenu par eux-mêmes la personne sur les fonts baptismaux, ou qu'ils l'aient tenue par procureurs; car nous sommes censés faire nous-mêmes ce que nos procureurs font en notre nom : *Qui mandat, ipse fecisse videtur;* L. 10, ff. *Mand.*

Au contraire, les procureurs des parrains et marraines, qui ont, en leur qualité de procureurs, tenu sur les fonts la personne baptisée, ne contractent avec elle aucune alliance spirituelle : car ce ne sont pas ces procureurs qui sont les parrains et marraines, ce sont les personnes au nom desquelles ils ont tenu la personne baptisée, auxquelles ils n'ont fait que prêter leur ministère et leur bras.

Est-il nécessaire, pour que le parrain et la marraine contractent cette alliance spirituelle avec l'enfant baptisé, qu'ils aient la volonté de la contracter

---

[1] L'adoption a repris rang dans nos lois; quant aux empêchements qu'elle produit au mariage, voici comment s'exprime l'art. 348, C. civ.

Art. 348 : « L'adopté restera dans « sa famille naturelle, et y conservera « tous ses droits : néanmoins le ma- « riage est prohibé entre l'adoptant, « l'adopté et ses descendants; entre « les enfants adoptifs du même indivi- « du ; entre l'adopté et les enfants qui « pourraient survenir à l'adoptant; en- « tre l'adopté et le conjoint de l'adop- « tant, et réciproquement entre l'adop- « tant et le conjoint de l'adopté. »

Toutefois on ne regarde point cette prohibition comme renfermant un empêchement dirimant, la loi n'en ayant point parlé au chapitre des demandes en nullité de mariage.

[2] Toute cette matière est complétement étrangère à nos lois nouvelles.

avec lui? L'auteur des conférences de Paris décide pour l'affirmative ; et qu'en conséquence celui qui tient sur les fonts un enfant qui est d'un autre que celui dont il le croit l'enfant, ne contracte avec cet enfant aucune alliance spirituelle parce que ce n'est pas avec lui qu'il voulait la contracter. Cet auteur convient néanmoins que plusieurs canonistes sont d'un avis contraire. Je serais aussi de l'avis de ces derniers. C'est au baptême par lui-même que l'on donne l'effet de former cette alliance spirituelle, indépendamment du consentement des personnes entre lesquelles il la forme : l'enfant qui la contracte est incapable de consentement ; et on ne peut pas dire de la plupart des parrains et marraines, qu'ils ont eu la volonté de contracter cette alliance spirituelle, dont ils n'ont pas seulement la moindre idée, par défaut d'instruction.

175. La seconde espèce d'alliance spirituelle que forme le baptême, est celle que contractent la personne qui a conféré le sacrement, le parrain et la marraine, avec le père et la mère de la personne baptisée.

Cette espèce d'alliance spirituelle est celle à laquelle on donne le nom de *compérage ;* elle forme pareillement entre ces personnes un empêchement dirimant de mariage. Le parrain, de même que celui qui a baptisé, ne peut valablement contracter mariage avec la mère de la personne baptisée, qui est leur commère, et dont ils sont les compères ; et pareillement la marraine, de même que la femme qui a baptisé l'enfant, ne peuvent valablement contracter mariage avec le père de l'enfant, qui est leur compère, et dont elles sont les commères.

176. La troisième espèce d'alliance spirituelle que formait autrefois le baptême, était celle que la personne baptisée contractait avec les enfants de son parrain et de sa marraine, qui lui tenaient lieu de frères et de sœurs : elle a formé autrefois un empêchement de mariage entre ces personnes, qui a été abrogé par le concile de Trente.

177. On avait aussi douté autrefois si le parrain et la marraine contractaient une alliance spirituelle qui les empêchât de contracter mariage ensemble : le concile de Trente a décidé qu'ils pouvaient valablement et licitement se marier ensemble.

178. Le sacrement de confirmation formait les mêmes alliances spirituelles que le baptême, lorsqu'on se faisait présenter à ce sacrement par des parrains et marraines. Il n'est plus d'usage aujourd'hui d'y faire intervenir des parrains et marraines.

§ II. *Quelle a été la discipline de l'Eglise dans les différents siècles sur l'empêchement dirimant de mariage que forme l'alliance spirituelle.*

179. Nous n'avons pas, avant le sixième siècle, de témoignages authentiques qui fassent mention de l'alliance spirituelle : les canons attribués au concile de Nicée, les lettres décrétales des papes des premiers siècles, sont des pièces, ou supposées, ou pour le moins très suspectes de supposition.

Le plus ancien témoignage que nous ayons, est du sixième siècle ; il se trouve dans la loi 26, Cod. *de Nupt.* Justinien, après avoir décidé par cette loi, qu'un homme qui avait élevé une fille chez lui dès l'enfance, comme sa propre fille, pouvait l'épouser (ce qui faisait le principal objet de la question de la loi), ajoute, bien entendu pourvu que ce ne soit pas sa filleule : *Eâ videlicet personâ omnimodò ad nuptias venire prohibendâ, quam aliquis sive alumna sit, sive non, à sacro baptismate suscepit, quùm nihil aliud sic inducere potest paternam affectionem et justam nuptiarum prohibitionem, quàm hujusmodi nexus per quem, mediante Deo, animæ eorum copulatæ sunt.*

Il y a lieu de croire que le grand respect que les premiers chrétiens avaient pour leurs pères spirituels, les faisaient abstenir de ces mariages, sans qu'il y eût ni canon ni loi qui les défendît. Comme il ne paraît point qu'il y ait eu

avant cette loi de Justinien aucune loi des empereurs ni aucun canon de concile qui aient défendu formellement ces mariages, on peut attribuer à cette loi de Justinien l'établissement de cette espèce d'empêchement dirimant de mariage.

180. Dans le septième siècle nous avons pour l'Eglise grecque un monument de la seconde espèce d'alliance spirituelle, que les parrains et marraines contractent avec les pères et mères de leurs filleuls ou filleules, et de l'empêchement de mariage qu'elle forme entre ces personnes; c'est le cinquante-troisième canon du Concile appelé *in Trullo*, ou *Concilium Quini-Sextum*, sous l'empereur Justinien II, dans la salle du dôme du palais impérial, dans le déclin du septième siècle. Il y est dit : *Quoniam spiritualis affinitas corporum conjunctione major est, in nonnullis autem locis cognovimus quosdam qui ex sancto baptismate infantes suscipiunt, posteà quoque cum matribus illorum viduis matrimonium contrahere, statuimus ut in posterum nihil fiat ejusmodi; si qui autem, post præsentem canonem, facere deprehensi fuerint, ii quidem primò ab illicito ejusmodi matrimonio desistant, deindè et fornicatorum pœnis subjiciantur.* Nous avons vu ailleurs que ce concile n'avait pas été reçu dans l'Église latine[1].

181. S'il en fallait croire Ciaconius, qui a écrit dans le seizième siècle les vies des papes, nous aurions aussi dans le septième siècle un monument de la troisième espèce d'alliance spirituelle que la personne baptisée contractait avec les enfants de son parrain et de sa marraine : car cet auteur, dans la vie de Deusdedit, qui a commencé à occuper le siége de Rome en 624, dit que ce pape avait fait un décret qui défendait le mariage entre ces personnes ; mais ce décret ne se trouve nulle part.

182. Le huitième siècle nous fournit plusieurs témoignages de la défense des mariages pour la seconde espèce d'affinité spirituelle.

Le premier concile romain, tenu sous le pape Grégoire II, en 721, canon 4, prononce anathème contre celui qui épousera sa commère spirituelle : *Si quis commatrem spiritualem duxerit in conjugium, anathema sit; et responderunt omnes tertio, anathema sit.*

Une femme est ma commère spirituelle, lorsqu'elle a été la marraine de quelqu'un de mes enfants, ou lorsque j'ai été le parrain de quelqu'un des siens.

Le concile romain tenu sous le pape Zacharie l'an 743, prononce le même anathème : c'est au canon cinquième, où il est dit : *Ut presbyteram*[2], *diaconam, nonnam*[3], *aut monacham vel etiam spiritalem commatrem, nullus*

---

[1] Le treizième canon de ce concile condamne en termes mémorables la pratique que l'église romaine commençait à vouloir établir : « Comme nous « avons appris que l'église romaine a « ordonné par un canon que quiconque serait reçu diacre ou prêtre de« vait promettre de renoncer à sa « femme; nous, suivant l'institution « des apôtres, nous déclarons légitimes « les mariages des ecclésiastiques, et « qu'on ne doit point les dissoudre ni « empêcher que les prêtres habitent « avec leurs femmes.... Si donc quel« qu'un s'oppose à ces canons aposto« liques, et entreprend de priver prê« tres et diacres du commerce légitime « de leurs femmes, qu'il soit déposé. »

Les latins appellent volontiers cette assemblée *conciliabule*. *V*. le n° 250 de ce traité.

[2] Selon une note du P. Syrmond, on appelait *Presbytera* la femme d'un homme qui, d'un commun accord avec elle, s'était séparé d'elle pour être promu à la prêtrise, pendant qu'elle, de son côté, avait fait vœu de continence. *V.*Ducange.(*Note de l'édition de* 1768.)

[3] C'était un nom d'honneur qu'on donnait aux religieuses qui étaient les anciennes du monastère. *V*. Ducange. (*Idem*).

sibi præsumat nefario conjugio copulare; qui ejusmodi opus perpetraverit, sciat se anathematis vinculo esse obligatum, etc.

La lettre décrétale du pape Zacharie, qui est adressée à Pépin, maire du palais, et aux évêques de France, et qui est la septième dans le 6e volume des conciles du père Labbe, nous fournit aussi un témoignage de l'empêchement de mariage qui résulte de la première et de la seconde espèce d'alliance spirituelle; savoir, de celle qu'un parrain contracte avec sa filleule, et de celle qu'il contracte avec sa commère, c'est-à-dire, la mère de sa filleule. Il regarde surtout le mariage du parrain avec sa filleule, comme si horrible qu'il n'en a été parlé ni dans aucune loi, ni dans aucun canon, parce qu'on ne pensait pas qu'il pût arriver. Voici les termes de sa lettre, art. 22 : ***Sed nec spiritualem, id est, commatrem aut filiam*** (quod absit) ***quis ducat temerario ausu uxorem, est namque nefas.... in tantum grave est, ut nullus sanctorum patrum, neque sanctarum synodorum assertione, vel etiam in imperialibus Legibus quispiam judicatus sit.***

Zacharie ignorait la loi de Justinien qui en parle : comme on se servait dans l'Occident du Code Théodosien, les lois de Justinien y étaient ignorées.

183. Nous trouvons encore dans ce siècle un monument qui nous apprend que cette alliance spirituelle, et l'empêchement de mariage qui en résulte, se contractait par le sacrement de confirmation, aussi bien que par celui du baptême.

C'est dans une réponse faite l'an 754, par le pape Etienne II, à des évêques de France qui l'avaient consulté sur plusieurs points, et qui est rapportée au 6e tome des conciles du père Labbe; il y est dit, art. 4 : ***Ut nullus habeat commatrem suam spiritualem, tam fonte sacro, quàm de confirmatione, neque si clàm in neutrâ parte conjugio sociatam; quòd si conjuncti fuerint, separentur.***

184. Les conciles tenus en France dans ce siècle, contiennent la même discipline sur l'empêchement de mariage qui résulte de la première et de la seconde espèce d'alliance spirituelle que forment les sacrements de baptême ou de confirmation. Le concile de Metz, tenu l'an 753, sous le roi Pépin, canon premier, met au nombre des unions incestueuses l'union charnelle d'un homme avec sa commère spirituelle, ou avec sa marraine qui l'a présenté au baptême ou à la confirmation : ***Si quis homo incestum commiserit, de Deo sacratâ, aut commatre suâ, aut cum matrinâ spirituali de fonte aut confirmatione episcopi, etc.***

Le concile de Compiègne, ***Compendiense***, tenu sous le même roi Pépin, ***in generali populi conventu***, l'an 757, regarde l'alliance spirituelle qu'un homme contracte avec la mère de la personne dont il est le parrain, si considérable, qu'il décide que si un homme a présenté au sacrement de confirmation le fils ou la fille que sa femme avait d'un précédent mariage, il ne peut plus cohabiter avec sa femme, qui est devenue sa commère spirituelle. C'est ce qui est porté au canon 12 : ***Si quis filiastrum*** [1] ***aut filiastram antè episcopum ad confirmationum tenuerit, separetur ab uxore suâ, et alteram non accipiat.***

185. Les lois de Luitpran, roi des Lombards, qui sont aussi du huitième siècle, font pareillement, de la première et de la seconde espèce d'alliance spirituelle, des empêchements de mariage : ***Præcipimus ut nullus præsumat suam commatrem ducere uxorem, sed nec filiam quam de sacro fonte levaverit.***

186. Cette discipline fut aussi observée en Angleterre : cela paraît par le recueil de canons fait par Egbert, archevêque de Cantorbery, sur la fin du

---

[1] ***Filiaster, filiastra***, dans la basse latinité, ont le même sens que *privignus* et *privigna*. *V.* Ducange. (*Note de l'édition* de 1768.)

huitième siècle, dans lequel, art. 129, se trouve le canon du concile romain, tenu sous Grégoire II, que nous avons rapporté ci-dessus.

187. Saint Boniface, archevêque de Mayence dans le huitième siècle, dans une de ses lettres à Nothelme, archevêque de Cantorbéry, dit qu'il a permis à un parrain d'épouser sa commère spirituelle, c'est-à-dire, la mère de son filleul; qu'il ne sait pas si en cela il a péché par ignorance, parce qu'il a appris que les Romains regardaient ces mariages comme un grand péché; qu'il le prie de l'informer s'il trouve quelque chose dans les anciens canons ou dans les livres saints, qui doive faire regarder ces mariages comme un péché; qu'il a de la peine à comprendre pourquoi l'alliance spirituelle serait un empêchement de mariage, puisque l'alliance spirituelle que tous les enfants de l'Eglise contractent par le baptême de Jésus-Christ, par laquelle ils sont tous frères et sœurs, ne les empêche pas de se marier ensemble : *Quod Romani*, dit-il, *peccatum censent, ità ut in talibus divortia facere præcipiant.* C'est pourquoi, ajoute-t-il, *si hoc in catholicum patrum decretis vel canonibus, vel etiam in sacro eloquio, pro tam magno peccato computatum esse inveneritis, indicare mihi curetis, ut et ego intelligendo cognoscam cujus auctoritas sit in illo judicio, quia nullatenùs intelligere possum quare spiritualis propinquitas in conjunctione carnali copulâ grande peccatum sit, quando omnes in sacro baptismate Christi, et ecclesiæ filii et filiæ, fratres et sorores esse comprobemur.*

Il écrit sur le même sujet à un autre évêque d'Angleterre (Pethelme). *De unâ quoque re*, dit-il, *vestrum consilium et responsum desideramus. Affirmant sacerdotes per totam Franciam et per Gallias, maximi criminis reum esse hominem qui in matrimonium acceperit illam viduam cujus antè filium in baptismo suscipiebat, quod peccati genus, si verum est, hactenùs ignorabam; et nec in antiquis canonibus, nec in decretis pontificum patres, nec in calculo peccatorum apostolòs, usquam enumerasse cognovi.*

Ces deux lettres, aussi bien qu'une troisième écrite à l'abbé Dudon, où il dit encore quelque chose sur le même sujet, sont rapportées par Baronius, t. 9, sur l'année 734.

188. A l'égard de la troisième espèce d'alliance sprirituelle qu'on prétend se contracter entre la personne baptisée et les enfants de ses parrain et marraine, c'est dans le huitième siècle qu'on a commencé à voir mettre en question, « si elle forme un empêchement de mariage. »

Théodore, évêque de Pavie, consulta sur cette question le pape Zacharie, à l'occasion d'un mariage qu'un homme de son diocèse avait contracté avec la filleule de son père : le pape lui répond : *Eum qui impiissimo sese miscuit matrimonio, studeas separare, et pœnitentiæ dignæ subjicere.* Cette réponse est dans la dix-huitième lettre de ce pape, dans le sixième tome du père Labbe.

Le roi Luitpran fit aussi de cette troisième espèce d'alliance spirituelle, un empêchement dirimant de mariage. Il est dit en la loi 5, ci-dessus citée: *Neque filius ejus præsumat filiam illius uxorem ducere, qui eum de fonte suscepit, quia spirituales germani esse noscuntur.*

189. Il paraît que dans le neuvième siècle les successeurs de saint Boniface s'étaient conformés à la discipline des autres églises d'Occident, sur l'empêchement de mariage qui résulte de la première et de la seconde espèce d'alliance spirituelle; car, par le cinquante-cinquième canon du concile de Mayence, tenu l'an 813, par ordre de Charlemagne, et où était Ricolphe, archevêque de Mayence, il est dit : *Nullus proprium filium vel filiam de fonte baptismatis* [1]

[1] De peur de contracter avec sa femme l'alliance spirituelle de compérage. (*Note de l'édition de* 1768.)

suscipiat ; nec filiolam nec commatrem ducat uxorem, nec illam cujus filium aut filiam ad confirmationem duxerit ; ubi autem fuerit, separentur.

Ce canon est transcrit de mot à mot dans les capitulaires de Charlemagne et de Louis le Débonnaire, lib. 50 art. 167, et dans le troisième, addition, art. 116. Le décret du concile romain, sous Grégoire II, qui défend le mariage d'un homme avec sa commère spirituelle, et que nous avons rapporté ci-dessus, se trouve aussi inséré au livre 7 desdits capitulaires, art. 179.

Le mariage avec sa commère spirituelle est traité au livre 6 desdits capitulaires, art. 4, de crime capital : *Sciendum est omnibus quòd conjunctio spiritualis commatris maximum peccatum sit, et divortio separandum, atque capitali sententiâ mulctandum, vel peregrinatione perpetuâ delendum.*

190. Quoique cette alliance spirituelle fût regardée comme un empêchement dirimant de mariage, et qu'en conséquence il fût défendu à un homme d'être le parrain de l'enfant de sa femme, soit qu'il fût aussi le sien, soit qu'il fût d'un autre mariage, néanmoins s'il l'avait fait par ignorance, leur mariage ne devait pas être rompu. C'est la décision du pape Nicolas I, dans sa lettre à Rodulphe, archevêque de Bourges, art. 5, où il dit : *De his qui... filios uxoris suæ de viro priori, dum chrismantur ab episcopo, super se sustinent, si inscitiâ, sicut asseris, sit, licèt fit peccatum, tamen non usque ad separationem conjugii puniendum : lugeant tamen, et dignâ pœnitentiâ hoc diluentes domino dicant : Delicta ignorantiæ meæ ne memineris.* Le pape finit cette lettre par ces termes : *Optamus Sanctitatem tuam nunc et semper benè valere ;* ce qui fait voir que le titre de *Votre Sainteté* n'était alors réservé au pape.

Cette lettre est rapportée au huitième tome du père Labbe, pag. 514 et suiv.

191. A plus forte raison, lorsque c'est dans un cas de nécessité qu'un homme a baptisé son enfant, l'alliance spirituelle qu'il a contractée avec sa femme, ne doit pas donner lieu à une séparation. C'est la décision du pape Jean VIII, (qui occupait le siége vers le déclin du neuvième siècle) dans sa lettre à Anselme, évêque de Limoges. Un homme, dans un cas de nécessité, avait baptisé son enfant qui était à l'extrémité : comme il avait contracté l'alliance spirituelle avec sa femme, l'évêque avait jugé qu'il devait être séparé. Cet homme étant venu à Rome exposer le fait, le pape écrit à l'évêque, qu'il a mal fait, *dicente Scripturâ, quod Deus conjunxit, homo non separet ;* que cet homme a bien fait de baptiser lui-même son enfant, ne pouvant lui faire conférer le sacrement par d'autres ; *benè fecisse laudatur ; et ideò cum suâ uxore quandiù vixerint, judicamus manere conjunctum.* Cette lettre est la cent quatre-vingt-huitième des lettres de ce pape ; elle est au neuvième tome du père Labbe, page 122.

192. L'alliance spirituelle que l'un des conjoints par le mariage contracte durant le mariage avec l'autre, en présentant un de leurs enfants au baptême ou à la confirmation, ne doit pas non plus rompre leur mariage, lorsque cela a été fait en fraude, pour avoir un prétexte de le rompre. C'est ce qu'a décidé le second concile de Châlons, assemblé par ordre de Charlemagne, l'an 813. Il est dit au trentième canon : *Dictum nobis est quasdam fœminas desidiosè, quasdam verò fraudulenter, ut à viris suis separentur, proprios filios coràm episcopis ad confirmandum tenuisse : undè nos dignum duximus, ut si qua mulier filium suum, desidiâ aut fraude aliquiâ, coràm episcopo tenuerit ad confirmandum, propter fallaciam suam aut propter fraudem, quandiù vivet, agat pœnitentiam ; à viro tamen suo non separetur.*

193. A l'égard de la troisième espèce d'alliance spirituelle qu'un filleul ou une filleule était censée contracter avec les enfants de ses parrain et marraine, nous voyons que les papes du neuvième siècle continuèrent de la regarder comme un empêchement de mariage, ainsi que le pape Zacharie, dans le huitième siècle, l'avait regardée.

C'est ce qui paraît par les décisions de Nicolas Ier. Ce pape, dans ses réponses

ad consulta Bulgarorum, art. 2, enseigne que le mariage ne peut être permis entre un filleul ou une filleule, et les enfants de son parrain, parce qu'ils se tiennent lieu de frères : *Inter vos*, dit-il, *non arbitramur esse quodlibet posse conjugale connubium*, *quandoquidem inter eos qui naturâ, et eos qui adoptione filii sunt, venerandæ Leges Romanæ matrimonium contrahi non permittunt.... Si ergò*, dit-il, *inter eos non contrahitur matrimonium quos adoptio jungit, quantò potiùs à carnali oportet inter se contubernio cessare, quos per cœleste sacramentum regeneratio Sancti-Spiritûs vincit : longè congruentiùs filius patris mei vel frater appellatur is quem gratia divina, quàm quem humana voluntas, ut filius ejus et frater meus esset, elegit, etc.*

194. Dans le dixième siècle, Léon VII, qui monta sur le Saint-Siége, l'an 936, et l'occupa pendant trois ans, dans sa lettre *ad Gallos et Germanos*, par laquelle il leur répond sur plusieurs points de discipline, rapporte sur ce qui concerne l'alliance spirituelle, le décret de Zacharie dans le concile romain, que nous avons rapporté *suprà*, n° 182. Cette lettre est dans le neuvième tome du père Labbe, pag. 596 et suiv.

Nous avons encore dans ce siècle plusieurs lettres d'Atton de Verceil, concernant l'alliance spirituelle et l'empêchement de mariage entre un filleul ou une filleule, et les enfants de son parrain. La plus remarquable est la cinquième, dans laquelle, pour prouver la nullité du mariage d'un nommé Théodore, qui avait épousé la fille de son parrain, et à qui il ne voulait pas permettre de cohabiter avec sa femme; entre plusieurs raisons, tant bonnes que mauvaises, il rapporte la loi du roi Luitpran, qui défend ces mariages, à laquelle cet homme, qui était Lombard, était sujet. Nous l'avons citée *suprà*, n° 185.

195. Dans le onzième siècle, nous avons les lois ecclésiastiques du roi Canut, qui régnait en Angleterre vers le commencement de ce siècle. Le mariage avec sa commère spirituelle ou avec sa filleule, est défendu par l'art. 14 de ces lois.

On ne trouve point dans le Code des lois ecclésisastiques du roi Canut, de défense entre la personne baptisée, et les enfants de ses parrains et marraines.

Dans le même siècle, parmi les lettres de Fulbert, évêque de Chartres, nous en trouvons une, qui est la trente-troisième, par laquelle Fulbert, consulté par son métropolitain sur la question, « si on devait séparer de sa femme un homme qui avait présenté son fils à la confirmation,» rapporte, pour servir à la décision de la question, les canons du concile de Mayence que nous avons ci-dessus rapportés, n° 189.

196. Nous ne rechercherons plus de témoignages dans les siècles suivants : les décrétales des Papes, qui sont dans le corps du droit canonique, nous instruisent suffisamment de la discipline qui a été observée dans ces siècles jusqu'au concile de Trente, par rapport aux trois espèces d'alliance spirituelle dont nous avons traité, qui étaient réputées toutes les trois empêchement dirimant de mariage ; *toto tit.* Extr. *de cogn. spir.*

Nous observerons seulement, à l'égard de la seconde espèce d'alliance spirituelle, que la personne qui a conféré le baptême, le parrain et la marraine contractent avec le père et la mère de la personne baptisée, « que cette alliance qui les rend compères et commères spirituels, est bien un empêchement dirimant à l'égard du mariage que le compère contracterait avec sa commère, depuis qu'elle a été contractée; mais qu'elle ne rompt pas le mariage durant lequel elle est contractée, soit par ignorance, soit par malice. »

C'est un point décidé par Alexandre III : *Si vir vel mulier*, dit ce Pape, *scienter vel ignoranter filium suum de sacro fonte susceperit, an propter hoc separari debeant? Respondemus quòd quamvis generaliter sit institutum ut debeant separari, quidam tamen humaniùs sentientes, aliter statuerunt :*

ideò nobis videtur quòd sive ex ignorantiâ, sive malitiâ id fecerint, non sunt separandi, nec alter alteri debitum debet subtrahere, nisi ad continentiam servandam possint induci; quia si ignorantiâ factum est, eos ignorantia excusare videtur; si ex malitiâ, eis sua fraus non debet patrocinari vel dolus; cap. 2, Extr. *de Cognat. spirit.*

197. Nous avons une décision d'Innocent III, touchant la troisième espèce d'alliance spirituelle. Ce Pape fut consulté sur la question de savoir si cette alliance que le filleul contracte, était un empêchement de mariage seulement avec les enfants de son parrain, qui naissaient depuis l'alliance contractée, ou si elle en était pareillement un avec ceux nés auparavant. Le Pape décide qu'elle l'est à l'égard des uns et des autres; cap. 7, Extr. *eod. tit.*

Il paraît que ce qui avait donné lieu à ce doute, est le canon 5, caus. 30, quæst. 3, qui avait été mal entendu.

§ III. *Quelle est la discipline établie par le concile de Trente, sur les empêchements dirimants qui résultent de l'alliance spirituelle.*

198. Le concile de Trente, *sess.* 24, *de Reformat. mat. cap.* 2, a restreint l'alliance spirituelle [1] qui doit former un empêchement de mariage, à celle que celui qui a conféré le sacrement, et les personnes qui ont servi de parrain ou de marraine, contractent avec la personne baptisée ou confirmée, et avec le père et la mère de cette personne, et a abrogé les empêchements de mariage qu'on avait cru auparavant pouvoir résulter de toutes les autres espèces de l'alliance spirituelle.

Ce décret du concile se trouve à la session 24, cap. 2. Le concile y expose les raisons qu'il a eues de le porter : *Eo quòd*, dit-il, *doceret experientia propter multitudinem prohibitionum multoties in casibus prohibitis, ignoranter contrahi matrimonium, in quibus vel non sinè magno peccato perseveratur, vel ea non sinè magno scandalo dirimuntur* [2].

Pour remédier à cela, le concile ordonne, *ut unus tantùm sive vir, sive mulier, juxtà sacrorum canonum instituta, vel ac summum unus et una baptizatum è baptismo suscipiant, inter quos de baptizatum ipsum et illius patrem et matrem, nec non inter baptizantem et baptizatum baptizatique patrem ac matrem* TANTUM *spiritualis cognatio contrahatur.* Il ordonne par ce décret la même chose à l'égard du sacrement de confirmation.

Enfin, par une clause générale, il abroge toutes les autres espèces d'empêchement de mariage qui résultaient autrefois, ou qu'on aurait pu croire pouvoir résulter d'une alliance spirituelle : *Omnibus*, dit le concile, *inter alias personas hujus cognationis spiritualis impedimentis omninò sublatis.*

Quoique nous n'ayons pas reçu en France le concile de Trente, les restrictions qu'il a apportées à l'empêchement de l'alliance spirituelle, sont trop raisonnables pour n'y être pas adoptées.

199. A l'égard des espèces d'alliance spirituelles auxquelles le concile n'a pas touché, qui sont celles des personnes qui ont conféré le sacrement, des parrains et marraines avec la personne baptisée, et celle de ces personnes avec les père et mère de la personne baptisée, elles ont toujours continué d'être parmi nous, comme dans le reste de l'Eglise, un empêchement dirimant de mariage, quoique la dispense s'en accorde et se présume facilement. D'Héricourt, en ses *Lois ecclésiastiques* (3e part., ch. 5, art. 2, nos 28 et suiv.) rapporte ces espèces d'alliances spirituelles parmi les empêchements dirimants de mariage qui ont lieu parmi nous. C'est mal à propos que l'auteur du *Journal des Audiences*, t. 4, liv. dern. 15, chap. dern. 15 (sur arrêt du 30 décembre 1700) avance que l'alliance des parrains et marraines avec les père et mère

---

[1] Nous avons déjà dit que toute cette doctrine est étrangère à nos lois.

[2] Mieux eût valu ne pas les introduire.

de la personne baptisée, a été établie par la cour de Rome *dans les derniers siècles, pour avoir occasion d'en donner des dispenses bursales.* Nous avons démontré au paragraphe précédent, par une foule de témoignages, que l'empêchement qui résulte de cette espèce d'alliance, avait lieu dès le huitième siècle dans l'Eglise, et notamment dans celle de France, et que nos rois en avaient fait une loi, qui se trouve dans le recueil des *Capitulaires* de Charlemagne et de ses successeurs : il n'y a aucune preuve que cette ancienne discipline ait jamais été abrogée en France. On ne peut donc, sans ignorance, dire de cet empêchement, qu'il est une invention de la cour de Rome, *pour avoir occasion d'en donner des dispenses bursales,* puisqu'il est, de même que tous les autres empêchements de mariage qui sont aujourd'hui en usage, antérieur de plusieurs siècles à l'usage d'accorder, non-seulement des dispenses bursales, mais même d'en accorder en tout ; *Voy.* l'époque des dispenses, *infrà,* chap. 4, art. 3.

200. L'empêchement de mariage qui était formé autrefois entre le filleul ou la filleule, et les enfants de leur parrain ou de leur marraine, dont nous avons parlé au paragraphe précédent, se trouve aboli par la clause du concile ci-dessus rapporté, aussi bien que plusieurs autres espèces d'alliances spirituelles qu'on avait imaginé pouvoir faire des empêchements de mariage.

201. L'esprit du concile ayant été de restreindre les empêchements dirimants de mariage, et non de les augmenter, il ne peut être douteux qu'en conservant l'empêchement dirimant de mariage qui est formé par l'alliance spirituelle qu'un parrain ou une marraine contractent avec le père et la mère de leur filleul ou filleule, il l'a conservé tel qu'il avait lieu auparavant, c'est-à-dire, seulement pour le mariage que ces personnes contracteraient depuis qu'elles ont contracté cette alliance : mais lorsque cette alliance spirituelle est contractée entre un homme et une femme, dont l'un des deux, durant leur mariage, a présenté au baptême leur enfant commun, ou celui que l'autre avait d'un précédent mariage ; cette alliance spirituelle qu'ils contractent, ne rompt pas leur mariage durant lequel elle est contractée, suivant la décision d'Alexandre III, rapportée *suprà*, n° 196.

202. Le concile ordonne encore que le curé s'informera de ceux que cela regardera, quelles sont les personnes qui ont été choisies pour être parrain et marraine ; qu'il les nommera dans l'acte qu'il dressera du baptême sur son registre, et qu'il n'y aura que les personnes nommées dans l'acte, qui contracteront l'alliance spirituelle : *Parochus.... ab iis ad quod spectabit sciscitetur quem vel quos elegerint ad baptizatum de sacro fonte suscipiendum, et eum vel eos ad suscipiendum tantùm admittat, et in libro eorum nomina describat.... quòd si alii, ultrà designatos, baptizatum tetigerint, cognationem spiritualem nullomodò contrahant ;* eàd. sess. 24, cap. 2.

Il ne faut pas néanmoins conclure de là, qu'il soit précisément nécessaire, pour qu'un parrain ou une marraine contractent l'alliance spirituelle, qu'ils aient été choisis par le père ou la mère de l'enfant pour être parrain ou marraine. Lorsqu'à défaut de personnes qui se présentent pour parrain, ou sur le refus qu'aurait fait le curé (ce qu'il ne doit faire que pour de bonnes raisons) d'y admettre celui qui s'y est présenté, une personne qui s'est trouvée par hasard dans l'église, a servi de parrain ou de marraine, et dont il a été fait mention par l'acte du baptême, cette personne est véritablement parrain ou marraine, et elle ne contracte pas moins l'alliance spirituelle avec l'enfant et le père et la mère de l'enfant, qu'un parrain ou une marraine qu'ils auraient choisis. C'est l'avis de Van-Espen, part. 2, tit. 13, ch. 6, n° 19 (*de impedim. matrim.*). Il me paraît mieux fondé que celui de l'auteur des *Conférences de Paris,* qui pense que le parrain et la marraine ne contractent l'alliance spirituelle que lorsqu'ils ont été priés de l'être par le père et la mère.

Le concile n'a ordonné que les curés s'informeraient quelles sont les per-

sonnes qui ont été choisies pour être le parrain et la marraine, qu'afin qu'ils connaissent quelles sont les personnes qui présentent l'enfant au baptême en qualité de parrain et de marraine, ces personnes étant les seules qui contractent l'alliance spirituelle, et qu'ils ne les confondent pas avec les autres personnes qui assistent au baptême, lesquelles ne contractent aucune alliance spirituelle, quand même elles aideraient le parrain et la marraine à soutenir l'enfant sur les fonts. C'est pourquoi le concile ajoute : *Si alii, ultrà designatos, baptizatum tetigerint, cognationem spiritualem nullomodò contrahant.*

203. Observez aussi que, quoique le concile ait ordonné qu'on admettrait tout au plus, *ad summum*, qu'un homme et une femme pour être parrain et marraine, néanmoins si, contre la défense, le curé a admis plusieurs parrains et marraines, tous ces parrains et marraines contractent l'alliance spirituelle avec l'enfant et le père de l'enfant. C'est ce qui a été décidé à Rome par la congrégation, suivant que l'atteste Barbosa; et je crois qu'elle a bien décidé : car, quoique le curé n'ait pas dû les admettre tous, il n'en est pas moins vrai qu'ils ont tous été parrains.

§ IV. *De quelques espèces particulières à l'égard desquelles on avait mis autrefois en question, si elles formaient une alliance spirituelle et un empêchement de mariage.*

Ire Espèce. — Des parrains de catéchisme; et de ceux qui le sont lorsqu'on supplée les cérémonies du baptême.

204. Suivant la décrétale de Boniface VIII, *le parrain de catéchisme,* c'est-à-dire, celui qui avait présenté le catéchumène à l'instruction qui précède le baptême, quoique ce ne fût pas lui qui l'eût depuis présenté au baptême, contractait la même alliance qu'un parrain de baptême, laquelle l'empêchait de pouvoir par la suite contracter mariage avec la personne avec qui il l'avait contractée : *Per catechismum*, dit ce Pape, *qui præcedit baptisma.... cognatio spiritualis contrahitur, per quam contrahendum matrimonium impeditur, ut ex Clementis III decretali evidenter colligitur;* cap. 3, *de Cogn. spir.*, in 6°.

Cette alliance spirituelle, et l'empêchement de mariage qui en résultait, sont abolis par le concile de Trente, qui ne reconnaît pour parrain et marraine qui contractent l'alliance spirituelle, que ceux qui, en cette qualité, *tiennent sur les fonts* la personne qu'on baptise, *baptizatum è baptismo suscipiunt* TANTUM.

205. De là il suit pareillement que les personnes qui servent de parrain et de marraine, lorsqu'on supplée à quelqu'un les cérémonies de baptême, ne contractent aucune alliance spirituelle; car le concile de Trente n'en reconnaît pas d'autre que celle qui est formée par le sacrement même.

Nous avons un statut synodal de notre diocèse d'Orléans, qui a bien pris à cet égard le sens du concile. Il y est dit : *Rectores doceant quòd non ex catechismo seu ex cæremoniis quæ baptismum vel præcedunt, vel sequuntur, sed ex baptismo ipso nascitur cognatio spiritualis*, tit. de Baptismo, § 5.

206. De là il suit encore que, si une personne qui a déja été baptisée, l'était par erreur une seconde fois, soit qu'on eût exprimé, ou non, la condition, *si baptisatus non est;* le parrain et la marraine de ce second baptême ne contracteraient aucune alliance spirituelle; car ce second baptême n'étant pas valable, n'a pu la former : *Quod nullum est, nullum producit effectum.*

Il ne faut pas néanmoins dire indistinctement, avec l'auteur des *Conférences de Paris,* qu'un baptême conféré sous condition, ne forme pas d'alliance spirituelle : il faut, pour s'exprimer plus exactement, dire qu'étant incertain si ce baptême est valable, il est incertain s'il a formé une alliance spirituelle; qu'en conséquence, si ces personnes ont contracté mariage, leur mariage ne peut recevoir d'atteinte, parce qu'on ne peut justifier qu'il y ait entre elles une al-

liance spirituelle qui le rende nul; mais lorsqu'elles n'ont pas encore contracté mariage, cette incertitude, s'il y a entre elles une alliance spirituelle, doit les porter à s'en abstenir, ou à obtenir dispense.

IIe Espèce. — De l'extension de la parenté spirituelle au mari ou à la femme des personnes avec qui elle est contractée.

207. On avait mis autrefois en question, si la parenté spirituelle et l'empêchement de mariage qui en résulte, devait s'étendre au mari et à la femme des personnes avec qui elle est contractée.

Pour l'affirmative, l'on disait : Comme un homme et une femme, par la consommation de leur mariage, deviennent *una caro*, et en quelque façon une même personne; en conséquence l'alliance spirituelle qu'un homme a contractée, soit avec son filleul, soit avec son parrain, soit avec son compère spirituel, se communique à la femme, qui contracte par conséquent la même alliance spirituelle avec le filleul, le parrain ou le compère spirituel de son mari; et pareillement l'alliance spirituelle qu'une femme a contractée, soit avec sa filleule, soit avec sa marraine, soit avec sa commère spirituelle, se communique à son mari, qui contracte pareillement une alliance spirituelle avec la filleule, la marraine ou la commère spirituelle de sa femme [1].

Suivant ce principe, 1° la veuve d'un filleul n'aurait pu épouser valablement le parrain de son défunt mari, et pareillement un homme n'aurait pu épouser la marraine de sa défunte femme.

2° Un homme n'aurait pu épouser valablement la filleule de sa défunte femme, ni une femme le filleul de son défunt mari.

3° Une femme n'aurait pu épouser valablement le compère spirituel de son défunt mari, ni un homme la commère spirituelle de sa défunte femme.

C'est ce que décide le pape Nicolas Ier, dans sa lettre à Salomon, évêque de Constance, rapportée au décret de Gratien, caus. 30, q. 4, can. 1 : *Sciscitatur à nobis Sanctitas Vestra si aliquis Romæ duas commatres habere valeat, unam post alteram? In quo meminisse oportet scriptum esse : Erunt duo in carne unâ; itaque quum constet quia vir et mulier una caro per connubium efficiuntur, verum compatrem constitui illi cujus uxor commater esse videbatur, et idcircò liquet virum illi fœminæ non posse jungi quæ commater ejus erat, cum quâ idem fuerat una caro effectus.*

Suivant ce même principe, Boniface VIII décide qu'un homme ne peut pas épouser la femme de son parrain : *Suscipientis uxorem ante susceptionem carnaliter cognitam ab eodem;* cap. 1, *de Cognat. spirit.*, in-6°.

208. Le pape Paschal II, qui occupait le Saint-Siége à la fin du onzième siècle et au commencement du douzième, pensait au contraire que l'alliance spirituelle que des personnes contractent, et par conséquent l'empêchement de mariage qui en résulte, ne se communique ni à leur femme, ni à leur mari. Voici comment il s'explique dans sa lettre *ad Rheginum Episcopum*, qui est rapportée au décret de Gratien, d. q. 4, can. 5; *Post uxoris obitum cum commatre uxoris, viri superstitis conjugium copulari nulla videtur auctoritas* [2] *vel ratio prohibere; neque enim cognationi carnis cognatio spiritus comparatur, neque per unionem carnis ad unionem spiritus pertransitur.*

Le concile de Tribur, à la fin du neuvième siècle, avait de même décidé qu'un compère spirituel pouvait licitement épouser la veuve de son compère spirituel : *Qui spiritualem habet compatrem cujus filium de lavacro sancti*

[1] Voilà bien des commères spirituelles.

[2] Ou Paschal II ignorait la décision de Nicolas Ier, dans sa lettre à Salomon, ou cette lettre était une pièce supposée, comme le sont un grand nombre de celles dont Gratien a composé ses canons. (*Note de l'édition de* 1768.)

fontis suscepit, et ejus uxor commater non est, liceat ei defuncto compatre suo ejus viduam ducere in uxorem.

209. Le concile de Trente a fait cesser ces questions, en abolissant tous les empêchements de mariage résultant de l'alliance spirituelle, autres que ceux qu'il a observés.

III° ESPÈCE. — Si les enfants de deux compères ou commères peuvent valablement contracter mariage.

210. La raison de douter était qu'ils paraissaient se tenir lieu de frères et de sœurs. Cette question, après avoir été controversée, avait été décidée par Alexandre III, qui avait jugé qu'à l'exception du filleul ou de la filleule, qui ne peuvent contracter mariage avec les enfants de leur parrain ou marraine, les autres enfants des deux compères ou commères peuvent contracter mariage ensemble, sauf dans les pays où il y aurait une coutume contraire; *cap.* 1, Extr. *de Cognat. spirit.*

Le concile de Trente ayant aboli l'empêchement de mariage qui était entre un filleul ou une filleule, et les enfants de leur parrain ou marraine, à plus forte raison il n'en peut rester aucun entre les autres enfants des deux compères ou des deux commères.

IV° ESPÈCE. — Si le parrain et la marraine contractent ensemble quelque alliance spirituelle.

211. Il n'est pas douteux aujourd'hui que le parrain et la marraine qui tiennent un enfant sur les fonts de baptême, ne contractent ensemble aucune véritable alliance spirituelle; bien loin que leur compérage forme entre ces personnes un empêchement de mariage, il y est très souvent un acheminement.

De là il suit qu'il n'y a pas d'inconvénient que le mari et la femme soient le parrain et la marraine de l'enfant d'un tiers.

Il paraît néanmoins qu'on en avait douté autrefois, et que c'est en conséquence de ce doute, « s'il ne se formait pas une alliance spirituelle, » qu'Urbain II, vers la fin du onzième siècle, défend au mari et à la femme de tenir ensemble l'enfant d'un tiers, pour plus grande pureté de discipline. C'est ce que nous lisons au dernier canon de la question 4, caus. 30 : *Quòd uxor cum marito in baptismate simul non debeat suscipere puerum nulla auctoritate reperitur prohibitum; sed ut puritas spiritualis paternitatis ab omni labe et infamiâ conservetur immunis, dignum esse decernimus, ut utrique in simul ad hoc aspirare minimè præsumant.* Aujourd'hui ce canon n'est plus observé, n'étant plus douteux qu'un parrain et une marraine ne contractent ensemble aucune alliance spirituelle.

ART. V. — De l'empêchement d'honnêteté publique.

212. Les *empêchements d'honnêteté publique* sont ceux qui résultent des fiançailles, et d'un mariage non consommé.

§ Ier. *De l'empêchement qui résulte des fiançailles.*

213. Les fiançailles ne produisent point d'affinité entre l'une des parties fiancées, et les parents de l'autre partie; car l'affinité naît du mariage, *necessitudo inter unum è conjugibus*, etc., *suprà*, n° 150. Les fiançailles ne renfermant point de mariage, mais seulement un acheminement au mariage, elles ne peuvent donc produire d'affinité.

Mais cet acheminement au mariage que les fiançailles renferment, étant comme une espèce de mariage *in spe*; si les fiançailles ne produisent point une affinité entre l'une des parties fiancées, et les parents de l'autre partie, elles

produisent une autre espèce de rapport, fondé sur l'honnêteté publique, qui ne permet pas que l'une des parties fiancées puisse valablement contracter mariage, même après la dissolution des fiançailles, avec les parents de la ligne directe de l'autre partie.

Les Romains avaient, même dans le paganisme, senti ce rapport d'honnêteté publique, et ils avaient en conséquence défendu le mariage entre ces personnes : *Inter me et sponsam patris mei nuptiæ contrahi non possunt, quanquam noverca mea non propriè dicatur*; L. 12, § 1, ff. *de Ritu nupt. Sponsa mea patri meo nubere non poterit, quamvìs nurus non propriè dicatur*; eâd. L. ff. 1. *Ejus matrem quam sponsam habui non posse me uxorem ducere Augustus interpretatus est, fuisse enim eam socrum (minùs propriè)*. L. 14, § *fin.* ff. *eod. tit.*

214. Les lois romaines et l'Eglise, pendant les dix ou douze premiers siècles, n'avaient pas étendu plus loin qu'aux parents de la ligne [1] directe ce rapport d'honnêteté publique qui formait un empêchement de mariage entre l'un des fiancés et les parents de l'autre. Mais depuis, sur la foi d'une fausse décrétale attribuée à Jules Ier, qui est rapportée au décret de Gratien, *caus.*, 27, *quæst.* 2, *can.* 15, cet empêchement d'honnêteté publique qui résulte des fiançailles, avait été étendu à la parenté de la ligne collatérale aussi loin et dans tous les mêmes degrés que l'empêchement d'affinité qui résulte du mariage.

215. Le pape Boniface VIII avait même décidé que les fiançailles, quoique non valablement contractées, formaient cet empêchement, pourvu que la nullité ne procédât pas du défaut de consentement des parties : *ex defectu consensûs*, et qu'elles eussent été contractées *cum certâ ac determinatâ personâ*, purement et sans condition ; ou que, si elles avaient été contractées sous une condition, la condition eût été accomplie ; cap. *de Spons.* in 6°.

216. Le concile de Trente a corrigé cette discipline, en ordonnant que cet empêchement n'excéderait pas le premier degré de la ligne collatérale, et qu'il ne serait formé que par des fiançailles valablement contractées : *Publicæ honestatis impedimentum, ubi sponsalia quâcumque ratione valida non erunt, S. Synodus prorsùs tollit; ubi autem valida fuerint, primum gradum non excedant; Syn. Trid. Sess.* 24, cap. 3.

C'est aujourd'hui à cet égard la discipline de l'Eglise [2].

217. L'auteur des *Conférences de Paris* pense que dans les diocèses où la bénédiction des fiançailles dans l'Eglise est en usage, les fiançailles ne forment cet empêchement que lorsqu'elles ont été bénites. Il se fonde sur une consultation de quatre docteurs de Sorbonne qui le décident ainsi; et ces docteurs donnent pour raison de leur décision, que les promesses de mariage que se font les parties par les contrats de mariage ou par d'autres actes, renferment la condition, *s'il plaît à notre mère sainte Eglise de les recevoir* : d'où il suit, dit-il, que n'ayant pas été reçues par l'Eglise, et confirmées par la bénédiction ecclésiastique, elles sont sans effet.—Je ne suis pas de cet avis : ce n'est pas la bénédiction des fiançailles, c'est le contrat des fiançailles qui

[1] Il est étonnant que l'auteur du *Traité sur le Mariage*, de 1753, p. 276, à la fin, dise que l'empereur Justinien, à l'exemple de ses prédécesseurs, a défendu à un homme d'épouser la sœur de sa fiancée, et qu'il se fonde pour cela sur un paragraphe du titre *de Nuptiis*, des Institutes, où il est dit : *Nam constat nec sponsam filii nurum esse, nec patris, sponsam, novercam esse; rectiùs tamen et jure facturos eos qui ab hujusmodi nuptiis abstinuerint.* Il est évident que Justinien en cet endroit, défend seulement à un père d'épouser la fiancée de son fils, et à un fils d'épouser la fiancée de son père. (*Note de l'édition de* 1768.)

[2] Notre Code ne reconnaît point cet empêchement : les fiançailles ne forment plus un contrat.

forme par lui-même l'empêchement d'honnêteté publique. Cette bénédiction n'est qu'un accessoire des fiançailles, sans lequel le contrat des fiançailles ne laisse pas d'avoir toute sa perfection ; puisque, sans que cette bénédiction soit intervenue, il donne une action à chacune des parties pour én poursuivre l'exécution, tant devant le juge d'église que devant le juge séculier. Lorsque mon fils et une fille, du consentement de leurs familles, ont passé un contrat de mariage devant notaires, quoique le mariage ait été manqué, et que les fiançailles n'aient point été bénites, cette fille n'en a pas moins été la fiancée de mon fils, la future épouse de mon fils, et ma future bru ; ce qui suffit pour que l'honnêteté publique ne permette pas que je puisse l'épouser.

218. Il suffit pour faire naître l'empêchement qui résulte des fiançailles, qu'elles aient été valablement contractées. Quoiqu'elles aient été depuis dissoutes, soit par le consentement mutuel des parties, soit par la mort, cet empêchement ne laisse pas de subsister : c'est l'avis de Fagnan, sur le chap. *Ad audientiam*, Extr. *de Sponsal. et matrim.* et de Corradus, qui attestent que leur sentiment est suivi dans la pratique. C'est aussi celui de Van-Espen. La raison est, qu'il suffit qu'une femme, par les fiançailles qu'elle a contractées, soit avec mon père, soit avec mon fils, soit avec mon frère, ait eu pendant quelque temps à mon égard un commencement de qualité de belle-mère, de bru ou de belle-sœur, pour que la pudeur et l'honnêteté publique ne permettent pas qu'elle devienne ma femme.

219. Mais si une femme avait été fiancée à mon père, et que ces fiançailles eussent été dissoutes avant que je fusse au monde, elles n'auraient pu former entre cette femme et moi, qui n'étais pas au monde, aucune alliance d'honnêteté publique, ni par conséquent aucun empêchement de mariage : on ne peut pas dire en ce cas qu'elle ait jamais eu à mon égard aucun commencement de qualité de belle-mère, puisque quand je suis venu au monde, elle avait déjà cessé d'être la fiancée de mon père.

220. Lorsque les fiançailles ont été contractées sous une condition suspensive, elles ne peuvent former l'empêchement d'honnêteté publique, si elles ne sont pas confirmées par l'accomplissement de la condition. Quoique Boniface VIII ait voulu que même les fiançailles nulles produisissent l'empêchement d'honnêteté publique, il a néanmoins reconnu que les fiançailles conditionnelles ne pouvaient le produire, si la condition n'était accomplie ; *cap.* 1, *de Sponsal. in* 6°, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 215. Les fiançailles conditionnelles ont cela de commun avec toutes les conventions conditionnelles, qu'elles ne produisent aucun droit, tant que la condition n'est pas encore accomplie, et que le défaut d'accomplissement de la condition les fait regarder comme non avenues.

§ II. *De l'affinité qui résulte du mariage non consommé.*

221. Les lois romaines ne distinguaient pas si le mariage avait été consommé, ou non, pour qu'il produisît l'affinité entre l'un des conjoints par mariage et les parents de l'autre [1], comme nous l'avons déjà observé *suprà*, n° 152.

Nous apprenons par la constitution de Zénon, qu'il y avait chez les Egyptiens une loi qui avait suivi cette distinction, et suivant laquelle un frère épousait valablement la veuve de son frère, lorsqu'elle était encore vierge, son mari étant mort avant qu'il eût consommé le mariage, qui ne devait pas être censé avoir été un mariage réel et effectif, n'ayant pas été consommé. L'empereur Zénon abroge cette loi des Egyptiens, et déclare nuls les mariages qui ont été contractés entre ces personnes : *Licèt quidam Ægyptiorum*, dit l'empereur, *idcircò mortuorum fratrum sibi conjuges matrimonio copulaverint*,

---

[1] C'est aussi ce que fait le Code civil.

quòd post illorum mortem mansisse virgines dicebantur, arbitrati scilicet quod certis legum conditoribus placuit, quum corpore non convenerint, nuptias non videri re esse contractas, et hujusmodi connubia tunc temporis celebrata, firmata sunt; tamen præsenti lege sancimus, ut si quæ hujusmodi nuptiæ contractæ fuerint, eas earumque contractores, et ex his progenitos antiquarum legum tenori subjacere, nec ad exemplum Ægyptiorum eas videri fuisse firmas vel esse firmandas; L. *penult.* Cod. *de Incest. nupt.*

222. Quoique, suivant les principes du droit canonique, un mariage qui n'a pas été consommé, ne forme pas l'affinité, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 152, il forme entre l'un des époux et les parents de l'autre, une autre espèce d'empêchement dirimant de mariage, qu'on appelle *empêchement d'honnêteté publique*, lequel s'étend aussi loin que celui de l'affinité.

Nous avons cru inutile d'entrer dans la discussion, « si le chapitre *Ad audientiam*, 4, Extr. *de Sponsal. et Matrim.*, est dans l'espèce d'un mariage contracté par fiançailles *de présent* et non consommé, comme le prétendent Cujas et Fagnan, ou s'il est dans l'espèce des fiançailles *de futuro.* » Si celles-ci formaient alors un empêchement d'honnêteté publique qui s'étendait aussi loin que celui d'affinité, parce qu'elles sont un acheminement à une espèce de commencement de mariage, à plus forte raison, le mariage parfait non consommé doit produire un pareil empêchement d'honnêteté publique.

Pareillement, puisque les fiançailles *de futuro* contractées entre personnes certaines et déterminées, quoique nulles, pourvu que ce ne fût pas par défaut de consentement, formaient, avant le concile de Trente, un empêchement dirimant, comme nous l'avons vu au paragraphe précédent, il ne peut être douteux que le mariage non consommé, quoique nul, pourvu que ce ne fût pas par défaut de consentement, formait alors un pareil empêchement, puisque le mariage non consommé est quelque chose de bien plus considérable et de bien plus respectable que de simples fiançailles *de futuro*, et qu'il les renferme éminemment. Cela est d'ailleurs décidé formellement par le chap. 4, Extr. *de Sponsal. et Matrim.*, en supposant qu'il est dans l'espèce d'un mariage non consommé.

223. Le concile de Trente a bien restreint l'empêchement d'honnêteté publique, qui résulte des fiançailles *de futuro*, comme nous l'avons vu au paragraphe précédent, mais il n'a pas touché à celui qui résulte du mariage non consommé; il n'y a pas été question de cette espèce d'empêchement. Les historiens du concile qui rapportent toutes les différentes matières qui furent traitées et agitées alors, n'en disent pas le moindre mot. Le pape Pie V, dans sa bulle *Ad Romanum*, qu'il donna cinq ans après la conclusion du concile, déclare que ce que le concile a réglé sur l'empêchement qui résulte des fiançailles, ne regarde que celui qui résulte des fiançailles *de futuro*; qu'on n'en doit rien inférer pour ce qui concerne celui qui résulte d'un mariage non consommé :— 1° Parce que, lorsqu'il s'agit d'abroger ou de changer l'ancien droit par une loi nouvelle, il faut que la loi s'en explique expressément ; — 2° Parce qu'un mariage parfait, quoique non consommé, étant un engagement plus considérable, plus respectable, plus inviolable que celui qui renferme de simples fiançailles *de futuro*, on ne peut, de la diminution que le concile a apportée à l'empêchement des fiançailles, tirer aucune conséquence pour celui du mariage non consommé ; ce serait argumenter *à minori ad majus*, ce qui est un mauvais argument.

Il faut donc tenir que l'empêchement d'honnêteté publique, qui résulte du mariage non consommé, s'étend aujourd'hui, de même qu'avant le concile de Trente, aussi loin que celui qui résulte de l'affinité.

Par la même raison, on doit tenir qu'aujourd'hui, comme avant le concile de Trente, un mariage non consommé, quoique nul, pourvu qu'il ne le soit pas par défaut de consentement, et qu'il ait été contracté avec une personne

certaine et déterminée, forme cet empêchement. C'est le sentiment de Fagnan, sur le chapitre *Ad audientiam*, 4, Extr. *de Spons. et Matrim.*, et celui de Van-Espen.

224. Il nous reste à observer, à l'égard de l'empêchement d'honnêteté publique, qui résulte des fiançailles ou du mariage non consommé, qu'il se contracte, de même que l'empêchement d'affinité, entre l'une des parties, et les parents de l'autre partie, soit que leur parenté avec l'autre partie soit une parenté légitime, soit qu'elle soit illégitime.

§ III. *Autre cas.*

On a trouvé un empêchement d'honnêteté publique dans le mariage d'un homme avec la belle-mère de sa défunte femme. Il n'y a aucune affinité véritable entre ces personnes : car un homme, en se mariant, ne contracte affinité qu'avec les parents de sa femme ; il n'en contracte pas avec les affins de sa femme ; or la belle-mère de ma femme n'est pas la parente de ma femme ; elle ne lui est qu'*affinis* : il n'y a donc pas d'affinité entre elle et moi. Il y aurait eu, avant le concile de Latran, une espèce d'affinité, qu'on appelait *affinité du second genre*, et qu'on croyait être entre l'un des conjoints par mariage, et les affins de l'autre ; mais cette espèce d'affinité du second genre a été abrogée par le concile de Latran, et elle ne forme plus un empêchement de mariage, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 161. Néanmoins, l'espèce s'étant présentée en Normandie, un homme ayant voulu épouser la belle-mère de sa défunte femme, ayant même obtenu pour cet effet un rescrit de Rome, qui avait été entériné par l'évêque d'Avranches, et ayant en sa faveur des consultations de Sorbonne ; sur l'appel comme d'abus qui fut interjeté, le parlement de Normandie trouvant dans ce mariage un empêchement, non d'affinité, mais d'honnêteté publique, dit qu'il avait été abusivement procédé à l'entérinement du rescrit, et fit défenses de passer outre au mariage, à peine de la vie. *Voy.* Brillon, v° *Mariage*, p. 302. Suivant cet arrêt, l'empêchement que les canonistes appelaient *d'affinité du second genre*, a paru au parlement de Normandie former encore aujourd'hui dans la ligne directe un empêchement, non d'affinité, mais d'honnêteté publique ; et cet empêchement lui a paru si considérable, qu'il a jugé qu'il n'était pas susceptible de dispense.

L'arrêt est du 17 décembre 1617. Févret qui le rapporte, liv. 5, chap. 3, n° 6, en rapporte encore un autre du même parlement, par lequel, suivant le même principe, le rescrit qu'un homme avait obtenu pour épouser la veuve de son privigne, fut déclaré abusif, et défenses furent faites de passer à la solennisation du mariage, à peine de la vie.

Ces arrêts sont aussi rapportés par Mornac, *ad* L. 42, ff. *de Rit. nupt.*

Les lois romaines reconnaissent cette espèce d'empêchement d'honnêteté publique ; c'est ce qui paraît par la loi 15, ff. *de Rit. nupt.*, qui défend à un homme d'épouser la veuve de son beau-fils ou privigne, et à une femme d'épouser l'homme veuf de sa belle-fille[1].

ART. VI. — De l'empêchement qui résulte du rapt et de la séduction.

§ I. *Du rapt.*

225. Le rapt formait autrefois un empêchement dirimant du mariage entre le ravisseur et la personne ravie, qui était perpétuel, et durait, soit qu'elle fût encore, soit qu'elle eût cessé d'être en la puissance du ravisseur.

Justinien, L. *un.* Cod. *de Rapt. de virg.*, dit : *Nec sit facultas raptæ vir-*

---

[1] Nous n'avons plus de semblables empêchements.

gini vel viduæ raptorem ut suum sibi maritum exposcere.... NULLO MODO, *nullo tempore datur licentia*, etc.

Les Capitulaires de Charlemagne ordonnent pareillement que celui qui a ravi une fille, *unquam illam uxorem habeat;* 6, 60. *Eas nullatenùs habeant uxores;* 7, 395.

Le concile de Pavie, *Ticinense*, cap. 10, tenu en 850, dit aussi : *Puellæ ipsis à quibus raptæ sunt, legitimæ demiùm uxores nullatenùs esse possunt.*

226. Depuis, la discipline a changé. Innocent III décide que la personne ravie peut contracter mariage avec le ravisseur, si elle se détermine librement à y consentir; cap. 7, Extr. *de Raptoribus.*

227. Le concile de Trente a pris un parti moyen : il ne permet pas le mariage entre la personne ravie et le ravisseur, tant qu'elle est en sa puissance, quelque consentement qu'elle y donne : *S. Synodus decrevit, inter raptorem et raptam, quandiù ipsa in potestate raptoris manserit, nullum posse consistere matrimonium;* et en cela il corrige le droit des Décrétales. Mais il permet ce mariage, lorsque la personne ravie le contracte après qu'elle a cessé d'être en la puissance du ravisseur, *à raptore separata, et in loco tuto constituta;* et en cela il s'écarte de la rigueur de l'ancien droit.

Notre droit est conforme en ce point à la discipline du concile de Trente. L'ordonnance de 1639, art. 5, « déclare nuls les mariages faits avec ceux qui « ont ravi des veuves ou filles, de quelque âge ou condition qu'elles soient, « sans que par le temps ni par le consentement des personnes ravies, de « leurs père et mère, tuteurs, ils puissent être confirmés, *tandis que* les per- « sonnes ravies sont en la puissance du ravisseur [1]. »

§ II. *De la séduction.*

228. Nous entendons ici par *séduction*, lorsque, sans employer la violence, mais par de mauvaises voies et par de mauvais artifices, on engage une jeune personne à consentir à un mariage.

La séduction, dans notre droit français, n'est pas moins un empêchement dirimant de mariage, que le rapt : nous le regardons même comme une espèce de rapt, et nous l'appelons *rapt de séduction.*

229. La séduction se présume de droit, lorsqu'un mineur s'est marié sans le consentement de ses père et mère, tuteur ou curateur; et en conséquence, sur l'appel comme d'abus, que les père, mère, tuteur ou curateur interjettent de ces mariages, les parlements les déclarent nuls; voyez *infrà*, part. 4, ch. 1, art. 2.

Cela a lieu, même dans le cas auquel un Français mineur se serait marié hors du royaume, dans un pays où cette présomption n'est pas admise, et où les mariages des mineurs sont valables sans le consentement de leurs père et mère. C'est ce qui a été jugé par un arrêt (de 1716) rapporté par d'Héricourt (3e part., ch. 5, art. 2. n° 74), à l'égard d'un mineur de Lyon qui s'était marié à Liége : le mariage fut déclaré abusif. La raison est que nos lois qui obligent les mineurs à requérir le consentement de leurs père et mère pour se marier, et qui les présument séduits lorsqu'ils y ont manqué, sont des lois qui, ayant pour objet les personnes, sont personnelles, et exercent leur empire à l'égard des personnes qui y sont sujettes, en quelque endroit qu'elles contractent [2].

---

[1] *V.* art. 357, C. pén.

Art. 357 : « Dans le cas où le ravis- « seur aurait épousé la fille qu'il a en- « levée, il ne pourra être poursuivi « que sur la plainte des personnes qui, « d'après le Code civil, ont le droit de « demander la nullité du mariage, ni « condamné qu'après que la nullité du « mariage aura été prononcée. »

[2] *V.* art. 3 et 170, C. civ.

Art. 3 : « Les lois de police et de « sûreté obligent tous ceux qui habi-

220. La séduction n'est pas présumée à l'égard des majeurs, à moins que le commerce illicite n'ait commencé dès le temps de leur minorité; de manière que le mariage contracté en majorité puisse être une suite de la séduction[1].

Art. VII. — De l'empêchement de mariage qui résulte de l'adultère.

221. Les lois romaines avaient établi un empêchement dirimant de mariage entre une femme et son adultère, qui empêchait que cette femme ne pût, après la mort de son mari, contracter valablement mariage avec lui. Cela se tire par induction de la loi 40, ff. *ad leg. Jul. de adult.*, où Paul décide que, lorsqu'un mari a commencé contre une personne des poursuites pour l'accuser d'adultère avec sa femme, qu'il n'a pas suivies, ces poursuites ne peuvent mettre un obstacle au mariage que sa femme contracterait après sa mort avec cette personne. *Paulus respondit nihil impedire quominùs ei quem suspectum maritus habuit, ea de quâ quæritur, nubere possit.*

La conséquence paraît naturelle, que la femme n'eût pu l'épouser s'il n'eût pas été seulement suspect, mais qu'il eût été convaincu d'adultère avec elle. Godefroy, en ses notes sur cette loi, en a tiré cette conséquence.

Saint Augustin, en son ouvrage *de Nupt. et concub.*, lib. 1, cap. 10, nous fournit aussi un témoignage de cette espèce d'empêchement qui avait lieu de son temps par les lois romaines; il dit : *Marito mortuo cum quo verum connubium fuit, fieri verum connubium non potest, cum quo priùs adulterium fuit.*

Gratien, qui rapporte ce texte dans son décret, caus. 31, q. 1, can. 2, a omis la négation, et a écrit *potest* au lieu de *non potest* : mais la négation se trouve dans le texte de saint Augustin, comme l'ont reconnu les correcteurs romains, qui nous attestent qu'elle se trouve dans le manuscrit des œuvres de ce père, qui est au Vatican.

Outre que, pour que la leçon de Gratien fût bonne, il faudrait supposer que saint Augustin eût ignoré la loi romaine sur ce point, ce qui ne se peut supposer; le sens de ce texte de saint Augustin demande cette négation. Le saint docteur relève dans cet endroit la force du lien conjugal : il dit qu'il est si fort et si indissoluble, qu'il n'est pas permis par la loi de l'Evangile de répudier sa femme; et que, même après le divorce que la loi du siècle permet, le lien conjugal continue de subsister tellement entre les conjoints, qu'ils demeurent toujours véritables époux et épouse, nonobstant le mariage que l'un des deux aurait contracté avec une autre personne, lequel, quoique permis par la loi du siècle, est, par la loi de l'Evangile, plutôt un adultère qu'un mariage. Enfin, pour relever le lien conjugal, il ajoute, que le violement de ce lien, par une union adultérine qu'une femme a avec son adultère, a paru si énorme,

---

« tent le territoire.—Les immeubles, « même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. « —Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les « Français, même résidant en pays « étranger. »

Art. 170 : « Le mariage contracté « en pays étranger entre Français, et « entre Français et étrangers, sera « valable, s'il a été célébré dans les « formes usitées dans le pays, pourvu « qu'il ait été précédé des publications « prescrites par l'art. 63, au titre des « *Actes de l'état civil*, et que le Français n'ait point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent. »

[1] Le Code ne parle point de la séduction comme empêchement ou cause de nullité du mariage; mais il y aura, dans ce cas, à examiner la question de validité du consentement des contractants et de ceux sous la puissance desquels ils se trouvent quant au mariage.

que le vice de cette union ne peut être purgé, ni devenir par la suite un mariage légitime, même après la mort de son mari ; *et denique marito mortuo..., fieri verum connubium non potest, cum quo priùs adulterium fuit.*

Justinien, en sa novelle 134, cap. 12, déclare aussi nul le mariage qu'une femme a contracté avec l'homme avec qui elle avait commis adultère pendant son premier mariage : *Si quis accusatus de adulterio, per proditionem judicum, aut alio quolibet modo, à legibus pœnas effugerit, et post hoc inveniatur cum muliere de quâ accusatus est turpiter conversatus, et in matrimonium accipere eam, et hoc fiat vivente marito aut post ejus mortem, neque matrimonium valere censemus*, etc.

232. L'Eglise ayant toujours observé religieusement dans sa discipline les lois séculières, les peuples d'Occident qui se convertirent à la foi, trouvèrent cet empêchement établi par la discipline de l'Eglise, et s'y conformèrent. Cette discipline était encore suivie en Allemagne sur la fin du neuvième siècle.

Le concile de Tribur en Franconie, tenu l'an 895, dans le quarantième de ses canons, dit : *Non licet ut ullus eâ utatur in matrimonio, cum quâ priùs pollutus est in adulterio.*

Gratien, caus. 31, q. 1, can. 4, au lieu de cela, fait dire au concile de Tribur : *Relatum est..... quemdam alterius uxorem stupro violasse, et insuper mœchæ, vivente viro suo, juramentum dedisse, ut post legitimi mariti mortem, si supervixisset, duceret uxorem ; quod et factum est : tale ergo connubium prohibemus, et anathematisamur.*

Il est vrai que le fait qui avait donné occasion au canon, et qui est rapporté par les pères du concile, était un mariage contracté par un homme avec une femme avec qui il avait auparavant commis adultère, sous la promesse de l'épouser après la mort de son mari : mais le canon que le concile fait à cette occasion, est conçu en termes généraux, tels que nous les avons rapportés, et n'est pas restreint au cas particulier qui y a donné occasion.

233. Cette discipline avait reçu quelque altération en France dès le neuvième siècle : on regardait l'adultère comme un empêchement prohibitif de mariage, mais qui n'était pas dirimant, à moins qu'il ne fût accompagné de quelques circonstances aggravantes. C'est ce que nous apprenons du concile de Meaux, tenu en 845, sous Charles le Chauve, qui veut que, lorsqu'une femme, après la mort de son mari, a épousé son adultère, on les soumette à la pénitence publique ; et qu'après le temps de la pénitence fini, on puisse leur permettre d'habiter ensemble ; à moins que l'adultère n'eût été suivi du meurtre du premier mari, ou qu'il n'y eût quelque autre empêchement : *Is qui, vivente marito, conjugem alterius adulterasse accusatur, et eo in proximo defuncto eamdem sumpsisse dignoscitur, in omnimodis publicæ pœnitentiæ subigatur, de quo etiam post pœnitentiam præfata* [1] *servabitur regula, nisi forte idem aut mulier virum qui mortuus fuerat, accidisse nolentur, aut propinquitas vel alia quælibet actio criminalis impedit* ; cap. 69.

234. Dans les siècles suivants, on ne regarda plus l'adultère comme un empêchement dirimant de mariage, que lorsqu'il était accompagné d'une promesse de s'épouser, faite durant le mariage, ou suivi du meurtre de l'autre conjoint. Le décret de Gratien, dans lequel on étudiait alors le droit canonique sans consulter les sources, accrédita beaucoup cette opinion. On ne la regardait pas néanmoins encore dans le douzième siècle comme un point bien

[1] C'est celle qui se trouve au canon 64, qui, dans une autre espèce, porte qu'on pourra, après le temps de la pénitence fini, permettre aux parties d'habiter ensemble, en leur faisant compenser cette indulgence par des aumônes ou autres œuvres pies. (*Note de l'édition de 1768.*)

décidé. C'est ce que nous lisons dans une décrétale d'Alexandre III, cap. 1, Extr. *de Eo qui dixit*, etc. *Licèt in canonibus habeatur, ut nullus copulet matrimonio quam priùs polluerat adulterio, et illam maximè cui fidem dederat, uxore suâ vivente, vel quæ machinata est in mortem uxoris.* Le terme *maximè* empêche la restriction de la règle à ces deux cas, et insinue que, même hors ces deux cas, l'adultère peut seul et par lui-même être un empêchement dirimant de mariage.

235. Enfin dans le treizième siècle, le pape Innocent III a adopté en termes formels la restriction de l'empêchement à ces deux cas, par sa décrétale qui est au chapitre *Significasti*, 6, Extr. *de Tit. significasti*, *quòd quum P. civis Spoletanus quamdam mulierem dixisset legitimè, eâ relictâ, cuidam meretrici adhæsit; verùm quum uxor ipsius esset viam universæ carnis ingressâ, meretricem cui adhæserat, desponsavit : respondemus quòd nisi alter eorum in mortem uxoris defunctæ fuerit machinatus, vel, eâ vivente, sibi fidem dederit de matrimonio contrahendo, legitimum judices matrimonium.*

Cette décision a fixé sur ce point la discipline de l'Eglise, et a toujours depuis été suivie, et l'est encore aujourd'hui.

Suivant cette discipline, la promesse de s'épouser rend bien l'empêchement dirimant de mariage; mais cette promesse faite durant le mariage, lorsqu'elle n'a pas été précédée ou suivie d'adultère, c'est-à-dire, d'un commerce charnel avec l'homme ou la femme à qui elle a été faite, quoiqu'elle soit criminelle, ne forme pas un empêchement de mariage : il faut, pour contracter l'empêchement, que les deux choses aient concouru, l'adultère et la promesse.

236. Si l'adultère commis en secret, auquel est jointe une promesse de s'épouser, forme un empêchement dirimant du mariage, à plus forte raison l'adultère public que je commets en épousant, du vivant de ma femme, une autre femme qui n'ignore pas que je suis marié, doit-il former un empêchement dirimant qui empêche que ce second mariage ne puisse se réhabiliter après la dissolution du premier.

Il en est de même lorsqu'une femme, du vivant de son mari, épouse un autre homme qui sait qu'elle est mariée.

237. Observez néanmoins que le mariage que j'ai contracté publiquement du vivant de ma femme avec une autre femme, ne renfermant un adultère que par le commerce charnel que j'aurais eu avec elle du vivant de ma première; si mon premier mariage vient à se dissoudre par la mort de ma première femme, avant que j'aie connu charnellement cette seconde femme, n'y ayant point en ce cas d'adultère, ce second mariage, quoiqu'il ait été scandaleux et criminel, peut être réhabilité. C'est ce que décide le pape Grégoire IX. *Si quis*, dit ce pape, *uxore vivente, fide datâ, promisit aliam se ducturum, vel cum ipsâ de facto contraxit, si nec antè nec post, legitimâ superstite, cognovit eamdem; quamvis graviter deliquerint, non est tamen matrimonium, quod cum eâ contraxit post uxoris obitum, dirimendum;* cap. fin. Extr. *de Eo qui duxit in matrim.*

238. Mais lorsque le second mariage, contracté durant le premier, a été précédé ou suivi du commerce charnel avant la dissolution du premier mariage, il ne peut plus, après la dissolution du premier mariage, être réhabilité.

Cela a lieu : 1° quand même le premier mariage, durant lequel le second aurait été contracté, n'aurait pas été consommé par le commerce charnel. Il suffit qu'il ait été valablement contracté. Il n'en est pas moins, quoique non consommé, un véritable mariage; et le second n'en est pas moins entaché du vice d'adultère, qui empêche qu'il ne puisse être réhabilité après la dissolution du premier. C'est ce que décide formellement le pape Alexandre III, au ch. 2, Extr. *eod. tit.*;

2° Quand même un homme aurait fait condamner sa femme, pour cause

d'adultère, à une réclusion dans un monastère, le mariage qu'il a contracté avec une autre femme, du vivant de cette première, quoiqu'elle fût alors récluse, n'en est pas moins entaché du vice d'adultère, et ne peut être réhabilité après la mort de la première. C'est ce que décide le pape Clément III : *Accepimus quòd T. uxorem suam in adulterio deprehensam de tui antecessoris assensu abjecit, quæ postmodùm accepit habitum monachalem : sed dictus T. antequàm illa decederet aliam superinduxit, et plures suscepit filios ex eâdem. Respondemus quòd illos debes ab invicem separare ; idem verò vir indictâ ab eâ pœnitentiâ, aliam poterit ducere uxorem ;* cap. 4, Extr. *eod. tit.* ;

3° Le second mariage contracté durant le premier, ne peut être réhabilité après la dissolution du premier, quelque longtemps qu'ait duré ce second mariage, et quoiqu'il y en ait un grand nombre d'enfants. C'est ce qui paraît par le ch. 4, que nous venons de rapporter, et ce qui est encore décidé par le même pape au ch. 5, où il en donne cette raison : *Nec aliquod adminiculum afferunt ut simul maneant, quod decennio cohabitaverint, ac decem filios susceperint; quum multiplicitas prolis itâ susceptæ magìs eorum crimen exageret, et diuturnitas temporis peccatum non minuat, sed augmentet.*

239. Nous n'avons parlé jusqu'à présent que du cas auquel un homme, du vivant de sa femme, ou une femme, du vivant de son mari, a contracté mariage avec une personne qui n'ignorait pas que celle avec qui elle contractait mariage, était mariée à un autre : ce n'est que dans ce cas que ce mariage, qui a été contracté de mauvaise foi par les deux parties, ne peut absolument être réhabilité après la dissolution du premier.

Mais lorsque du vivant de ma femme j'ai contracté mariage avec une autre femme qui ignorait que je fusse marié, et qui a contracté de bonne foi avec moi, ce second mariage peut, après la dissolution du premier par la mort de ma première femme, être réhabilité ; et je ne suis pas recevable, après la dissolution de mon premier mariage, à en demander la cassation, si cette seconde femme n'y consent. C'est ce que décide le pape Alexandre III. *Propositum est nobis,* dit ce pape, *quòd vir quidam uxorem habens, sibi aliam hujusmodi rei insciam copulavit ; sed primâ mortuâ nititur discedere à secundâ.... quia non dignum est ut prædictus vir qui scienter contrà canones venerat, lucrum de suo dolo reportet. Respondemus quòd nisi mulier divortium petet, ad petitionem viri non sunt aliquatenùs separandi,* cap. 1, Extr. *eod. tit.*

Innocent III décide la même chose dans l'espèce suivante : Un homme de Limoges quitte sa femme, s'en va à Messine, et du vivant de sa femme y épouse une autre femme qui ne savait pas qu'il fût marié : depuis, le mariage avec sa première femme ayant été découvert, on le met en pénitence, et on l'oblige à retourner à Limoges avec sa première femme. En y arrivant, il la trouve morte. Il revient à Messine, et il habite avec sa seconde femme, comme ayant pu, par la mort de la première, devenir sa légitime épouse. Innocent III décide qu'on peut le lui permettre. *Licèt,* dit ce pape, *vivente uxore legitimâ prædictam M. sibi copulare nequiverit in uxorem, quia tamen uxore defunctâ utpotè à lege ipsius solutus, in eamdem M. de novo potuit matrimonialiter consentire, dummodò non præstiterit fidem*[1] *adulteræ, vel machinatus fuerit in mortem uxoris ; mandamus, quatenùs, si est ità, eidem ut supradictæ M. affectu adhæreat conjugali licentiam concedatis*[2], cap. 7, Extr. *eod. tit.*

---

[1] *Id est, modò post detectum priùs matrimonium, non perrexerit vivente primâ uxore cohabitare cum secundâ, jam adulterii consciâ, fide ei datâ redintegrandi matrimonii post mortem prioris uxoris.* (Note de l'édit de 1768.)

[2] *V.* art. 298, C. civ., *in principio.* Art. 298 : « Dans le cas de divorce « admis en justice pour cause d'adul- « tère, l'époux coupable ne pourra ja- « mais se marier avec son complice. « La femme adultère sera condamnée

ART. VIII. — De l'empêchement qui résulte du meurtre.

240. Le meurtre de l'un des deux conjoints par mariage, forme un empêchement dirimant de mariage entre le meurtrier et l'autre conjoint survivant, en deux différents cas. Le premier est lorsque le meurtre s'est fait avec la participation du conjoint survivant; cap. *Laudabilem*, 1, Extr. *de Convers. infidel.* [1].

Si la femme avait d'abord consenti au meurtre de son mari, qu'un homme se proposait de faire, et qu'avant qu'il l'eût exécuté, elle lui eût déclaré qu'elle ne consentait plus à ce meurtre, on ne peut plus dire qu'il a été commis du consentement de la femme; l'ayant révoqué, il ne subsistait plus. Le meurtre en ce cas ne formera pas un empêchement de mariage entre cette femme et le meurtrier.

241. Le second cas est lorsque le meurtrier est en même temps l'adultère de l'autre conjoint; cap. *Super hoc*, 3, Extr. *de Eo qui dux*.

Le meurtre seul, fait sans la participation du conjoint survivant, ne formerait pas l'empêchement : l'adultère seul, fait sans promesse d'épouser, ne le formerait pas : mais le concours de l'adultère et du meurtre forme cet empêchement.

242. Observez que, dans l'un et dans l'autre cas, pour que le meurtre forme un empêchement dirimant, il faut qu'il ait été consommé. Une tentative ne forme pas l'empêchement. Les lois pénales s'interprètent littéralement.

Cette espèce d'empêchement est fondée sur une raison assez plausible; afin qu'un homme qui a de la passion pour une femme mariée à un autre sachant qu'il ne peut jamais parvenir à contracter valablement mariage par le meurtre de son mari, soit moins tenté de commettre ce meurtre.

Cet empêchement n'est néanmoins que de droit positif; il n'est pas du droit naturel; car il ne paraît pas que Dieu ait condamné le mariage de David avec Betsabée : c'est un fils né de ce mariage, qui, par l'ordre de Dieu, a été le successeur au trône de son père.

ART. IX. — De l'empêchement qui résulte de la diversité de religion.

243. Nous n'avons aucun texte dans le nouveau Testament, qui défende, d'une manière directe et absolue, aux fidèles de se marier avec des infidèles ou des hérétiques.

Les textes où quelques pères ont cru voir cette défense, ne sont rien moins que formels.

Le premier est dans la première épître aux Corinth., chap. 7, v. 39, où il est dit : *Mulier.... si dormierit vir ejus, liberata est; cui vult nubat, tantùm in Domino.*

Quelques pères ont cru que ces termes, *tantùm in Domino*, signifiaient qu'elle ne devait se marier qu'à un chrétien. Il paraît que ces termes ne disent pas cela, mais seulement qu'elle doit dans ce mariage, de même que dans les autres actions de sa vie, rechercher quelle est la volonté du seigneur.

« par le même jugement, et sur la réquisition du ministère public, à la réclusion dans une maison de correction, pour un temps déterminé, qui ne pourra être moindre de trois mois, ni excéder deux années. »

[1] Cet empêchement n'est point renouvelé par nos lois. La cause en est cependant d'une moralité incontestable.

Il en est de même de l'autre texte, qui est dans la seconde épître aux Corinth., ch. 6, où il est dit : *Nolite jugum ducere cum infidelibus ; quæ enim participatio justitiæ cum impietate*, etc. Il n'est pas question dans ce texte, de mariage. Saint Paul défend aux fidèles tout commerce en général avec les infidèles, sans nécessité ni utilité, et lorsque ce commerce peut être une occasion de péché.

Saint Augustin n'a pas cru que ces textes renfermassent une défense absolue aux fidèles de se marier avec les infidèles ; car, dans son ouvrage *de Conjug. adult.*, l. 1, cap. 25, n° 31, le saint docteur dit que ce texte, *cui vult nubat, tantùm in Domino,* peut s'entendre de deux manières : *Duobus modis accipi potest ; aut Christiana permanens, aut Christiano nubens : non enim,* ajoute le saint docteur, *tempore revelati Testamenti novi, in Evangelio vel ullis apostolicis litteris, sine ambiguitate declaratum esse recolo, utrùm Dominus prohibuerit fideles infidelibus jungi ; quamvis beatissimus Cyprianus indè non dubitet, nec in levibus peccatis constituat jungere cum infidelibus vinculum matrimonii, atque id esse dicat prostituere gentilibus membra Christi.*

Pareillement dans le livre *de Fide et Operibus*, cap. 19, n° 35, après avoir dit que saint Cyprien regardait les mariages des fidèles avec les infidèles, comme de très grands péchés qui avaient attiré la colère de Dieu, et les cruelles persécutions dont l'Eglise avait été affligée, le saint docteur ajoute, qu'on ne regarde plus ces mariages comme criminels, n'y ayant rien effectivement dans le nouveau Testament qui en fasse une défense formelle : *Quæ* (matrimonia cum infidelibus) *nostris temporibus jàm non putantur esse peccata ; quoniam reverà in novo Testamento, nihil indè præceptum est, et ideò aut licere creditum est, aut velut dubium derelictum.*

244. Quoique les mariages des fidèles avec les infidèles ne fussent pas par eux-mêmes mauvais, et quoiqu'ils ne fussent pas absolument défendus par les livres saints, néanmoins lorsqu'ils pouvaient être une occasion aux fidèles de se pervertir, ils étaient mauvais dans ces circonstances, et compris dans la défense générale que Jésus-Christ nous fait dans l'Evangile, de nous abstenir de tout ce qui peut nous être une occasion de péché et de chûte : *Si oculus tuus scandalizat te, erue eum, et projice à te.*

Les mariages avec les infidèles se trouvaient souvent, dans ces circonstances, être pour les fidèles qui les contractaient, une occasion de chûte, surtout dans les premiers siècles de l'Eglise, où la partie fidèle avait tout à craindre des sollicitations de la partie infidèle, auxquelles celle-ci était portée, tant par l'aversion qu'on avait pour le christianisme, que par la tendresse conjugale qui la portait à solliciter la partie fidèle à renoncer au christianisme, pour se soustraire aux persécutions.

C'est pour cela que Tertullien, dans son second livre à sa femme, et saint Cyprien, dans sa lettre *de Lapsis*, s'élèvent avec tant de force contre le mariage des fidèles avec les infidèles : le zèle qu'ils avaient pour les en empêcher, les porta même jusqu'à regarder ces mariages comme étant mauvais en eux-mêmes, et défendus par les saintes Ecritures.

245. C'est par rapport au danger qu'il y avait pour les fidèles de se marier avec les infidèles, que plusieurs conciles particuliers défendirent ces mariages.

Le concile d'Elvire, tenu en 305, sous l'empire de Constantius Chlorus et de Galerius, canon 15, défend de donner des filles chrétiennes en mariage aux païens : *Propter copiam puellarum, gentilibus minimè in matrimonium dandæ sunt virgines christianæ, ne ætas in flore tumens, in adulterio animæ resolvatur.*

Par le canon suivant, le concile défend, pour la même raison, aux parents de donner leurs filles aux hérétiques qui ne voudraient pas rentrer dans l'Eglise,

ni aux Juifs; et en cas de contravention, il soumet les parents à une pénitence de cinq ans.

Le danger étant bien plus grand, lorsque c'est à des prêtres des idoles que des filles sont données en mariage, le concile ordonne qu'en ce cas les parents qui les leur ont données, seront privés de la communion, même à la mort : *Si qui sacerdotibus idolorum filias suas junxerint, placuit nec in fine eis dandam esse communionem*; can. 17.

Le concile d'Arles, tenu sous Constantin en 314, défend aussi les mariages des fidèles avec les infidèles, en soumettant à la pénitence les filles chrétiennes qui les contractent : *De puellis fidelibus quæ gentilibus junguntur, placuit ut aliquanto tempore à communione separentur*; can. 11.

Le concile de Laodicée [1] fait une distinction à cet égard entre les ecclésiastique et les simples fidèles; il veut qu'il soit défendu sans distinction aux ecclésiastiques de donner leurs enfants en mariage à des héritques : *Non oportet eos qui sunt Ecclesiæ, indiscriminatim suos filios hæreticis matrimonio conjungere*; can. 10.

Quoique ces termes, *eos qui sunt Ecclesiæ*, τοὺς τῆς Ἐκκλησίας, puissent signifier tous les fidèles, néanmoins il paraît qu'ils sont pris ici seulement pour les ecclésiastiques, puisqu'il y a un autre canon, qui est le trente-unième, qui comprend les simples fidèles, où il est dit, *quòd non oportet cum omni hæretico matrimonium contrahere, vel dare filios aut filias, sed magis accipere, si se christianos futuros profiteantur.* Le concile n'a pas fait sans motif deux canons sur une même chose; il n'en paraît pas d'autre, sinon qu'il a cru qu'il serait contre l'honneur du clergé, que les gens d'église eussent des hérétiques pour leurs gendres ou leurs brus. C'est pourquoi il veut qu'il ne puisse leur être permis, pour quelque cause et pour quelque prétexte que ce soit, de donner leurs enfants en mariage à des hérétiques. A l'égard des autres fidèles, il ne leur défend pas de même, *indiscriminatim*, de marier leurs enfants à des hérétiques; il le leur permet, lorsque c'est pour avoir chez eux l'hérétique à qui ils marient leur enfant, et que cet héritique promet, ou au moins donne espérance de se convertir.

En Afrique, le troisième concile de Carthage, tenu l'an 397, avait borné aux enfants des ecclésiastiques la défense des mariages des fidèles avec les païens et les hérétiques : *Placuit ut filii vel filiæ episcoporum, vel quorumlibet clericorum, gentilibus vel hæreticis, vel schismaticis matrimonio non jungantur.*

A l'égard des autres fidèles, le mariage ne leur était pas défendu avec les infidèles, pourvu qu'il n'y eût pas lieu de craindre que ce mariage ne fût pour eux une occasion de se pervertir. C'est ce qui nous est attesté par saint Augustin, *suprà*, n° 220.

Le concile général de Calcédoine, tenu l'an 451, sous l'empereur Marcien, dans la défense qu'il fait au canon quatorzième, des mariages des fidèles avec les infidèles et les hérétiques, ne comprend non plus que les ecclésiastiques et les enfants des ecclésiastiques. Il ordonne par ce canon, que les lecteurs et les chantres, dans les provinces où il leur est permis de se marier, ne puissent se marier qu'à des catholiques; et il leur défend de marier leurs enfants, ou à des hérétiques, ou à des Juifs, ou à des païens, à moins qu'ils ne promissent de se convertir. Qu'il ne leur soit pas permis, dit le canon, *neque hæretico, vel judæo, vel gentili (liberos suos) matrimonio conjungere, nisi persona quæ orthodoxæ conjungitur, se ad orthodoxam fidem convertendam spondeat.*

---

[1] L'année de la tenue de ce concile n'est pas certaine; Fr. Pithou la rejette à l'an 364 ou 368. Binnius, dans ses Notes sur ce concile, prétend qu'il est antérieur au grand concile de Nicée, tenu en 325. *V.* lesdites Notes, au premier tome du P. Labbe, p. 1522. (*Note de l'édition de* 1768.)

Quoique le concile de Calcédoine eût borné sa défense aux ecclésiastiques, cela n'empêcha pas des églises particulières de conserver la discipline qu'elles observaient, de défendre généralement à tous les fidèles de se marier avec des infidèles ou des hérétiques, à moins que l'infidèle ou l'hérétique ne promît de se convertir. C'est pourquoi le concile d'Agde, tenu l'an 506, et par conséquent depuis le concile de Calcédoine, défend en général aux fidèles de se marier avec des héritiques, à moins qu'ils ne promettent de se convertir. Il transcrit pour cet effet, presque de mot à mot, dans le soixante-septième de ses canons, le trente-unième de celui de Laodicée.

246. A l'exception de ces églises particulières, il était laissé à la conscience des personnes qui voulaient se marier à des infidèles ou à des hérétiques, ou à celle des parents qui voulaient donner en mariage leurs enfants à des infidèles ou à des hérétiques, de se bien consulter avant de s'y déterminer, et de bien examiner si, selon les différentes circonstances, il y avait lieu de craindre que ce mariage ne fût pour le fidèle une occasion de péché ou de chûte. Et lorsqu'eu égard aux circonstances et aux dispositions des parties, on avait reconnu que bien loin qu'il y eût lieu de craindre que ce mariage ne fût pour la partie fidèle une occasion de chûte, il y avait au contraire lieu d'espérer qu'elle pourrait un jour gagner à la vraie religion la partie infidèle, on pouvait très licitement contracter le mariage.

Nous avons plusieurs exemples de ces mariages, qui ont été suivis de la conversion de la partie infidèle. Saint Augustin nous apprend que Dieu accorda aux larmes et aux prières de sa mère sainte Monique, la conversion de Patrice son mari, qui était païen. Sainte Clotilde obtint pareillement de Dieu par ses prières la conversion de Clovis son époux, premier roi chrétien, qui fut suivie de celle d'un grand nombre de seigneurs et de soldats français. La conversion d'Agilulphe, prince arien, roi des Lombards, qui conquit, sur la fin du sixième siècle, une grande partie de l'Italie, fut due aux prières et aux soins de sa femme Théodelinde, aussi bien que celle d'un grand nombre des Lombards qui étaient ou païens ou ariens. Baronius, t. 8, sur l'an 591, n°s 49 et 50.

247. Observez que les conciles dont nous avons rapporté les canons, en défendant aux fidèles de se marier avec des infidèles ou des hérétiques, se bornaient à prononcer des peines canoniques contre les fidèles qui les contractaient, mais ils ne déclaraient pas nuls ces mariages. L'Eglise alors, comme nous l'avons observé *suprà*, n°s 21 et 22, ne reconnaissait d'autres empêchements dirimants de mariage, que ceux établis par les lois divines ou par les lois des princes séculiers.

Les second et troisième conciles d'Orléans, tenus dans le sixième siècle, l'un l'an 533, l'autre l'an 538, pourraient peut-être paraître déclarer nuls les mariages des chrétiens avec les Juifs, en ce qu'ils ordonnent à ceux qui les ont contractés, de se séparer. Le second concile d'Orléans, au canon 19, dit : *Placuit ut nullus christianus judæam, neque judæus christianam ducat uxorem, quare inter hujusmodi personas, illicitas nuptias esse censemus, qui si commoniti, à consortio hoc se separare distulerint, à communionis gratiâ sunt sine dubio submovendi.*

Le troisième dit, canon 13 : *Christianis interdicit ne judæorum conjugiis misceantur; quòd si fuerint, usque ad sequestrationem, quisquis ille est, communione repellatur.*

On peut répondre que la séparation que ces conciles ordonnent, n'est qu'une séparation d'habitation pour le temps que devra durer la pénitence à laquelle les contractants seront soumis, pour avoir contrevenu à la défense de l'Eglise. En effet, ils ne déclarent pas nuls ces mariages; il les déclarent seulement illicites : l'un des canons dit : *Inter hujusmodi personas,* ILLICITAS *nuptias esse censemus.* Il ne dit pas *invalidas.*

248. A l'égard des lois des empereurs sur cette matière, nous n'en avons

que deux. L'empereur Constance défendit par une loi aux juifs, à peine de mort, de se marier à des femmes chrétiennes. C'est la loi sixième, Cod. *Theodos. de Judæis*, etc.

Les empereurs Valentinien, Théodose et Arcade défendirent non-seulement le mariage d'un juif avec une chrétienne, mais pareillement celui d'un chrétien avec une femme juive, sous la même peine que celle de l'adultère[1]; L. 2, Cod. *Theod. de Nupt.*; et L. 61, Cod. *Theod. ad L. Jul. de Adult.*

Justinien n'a pas inséré ces lois dans son Code ; ce qui prouve qu'elles n'étaient plus observées. Il paraît qu'elles ne l'étaient plus, même dès le temps du concile de Calcédoine, tenu sous l'empereur Marcien, puisque ce concile, en défendant aux ecclésiastiques de marier leur enfants à des hérétiques, des juifs ou des païens, ajoute, à moins qu'ils ne promissent de se convertir.

249. Ces lois ne concernaient que les juifs; les mariages des chrétiens avec les païens n'étaient pas défendus, ainsi que nous l'atteste saint Augustin, qui était contemporain de l'empereur Valentinien. Néanmoins l'auteur des Conférences de Paris, et celui du Traité sur le Mariage (p. 579), de 1753, ont cru trouver dans la loi unique, Cod. *Theod. de Nupt. gentil.*, une défense des mariages des chrétiens avec les païens; mais ces auteurs n'ont pas entendu cette loi. Il n'y est pas question de différence de religion. Valentinien et Valens y défendent le mariage entre les Romains et les étrangers. Il y est dit : *Nulli provincialium cum barbarâ sit uxore conjugium, nec ulli gentilium provincialis fœmina copuletur.* Il est défendu par cette loi aux Romains, qui y sont appelés *Provinciales*, c'est-à-dire, aux peuples des provinces sujettes à l'empire romain, de s'allier par mariage avec les étrangers qui y sont appelés du nom de *Barbares* et de *Gentils*, tels qu'étaient alors les Francs, les Sarmates, les Suèves, etc. *Voyez* le commentaire de Jacques Godefroi sur cette loi.

250. La plus ancienne loi qui ait prononcé la nullité des mariages des catholiques avec les hérétiques en général, de quelque secte qu'ils fussent, c'est le soixante-douzième canon du concile tenu à Constantinople l'an 692, dans la salle du dôme du palais de l'empereur, appelé pour cela le concile *in Trullo*, ou autrement le concile *Quini-sextum*, parce qu'il avait été assemblé pour servir de supplément au cinquième et au sixième conciles. Il y est dit : *Non licere virum cum muliere hæreticâ conjungi, neque orthodoxam cum viro hæretico copulari; si quod hujusmodi à quopiam factum apparuerit, irritas nuptias existimare, et nefarium conjugium dissolvi, etc.*

Ce concile, que l'empereur Justinien II avait assemblé, et qui était composé d'évêques, pour la plupart Monothélites, fut regardé dans l'Eglise latine comme un conciliabule, auquel Sergius, qui occupait alors le siége de Rome, refusa d'adhérer nonobstant les ordres et les menaces de l'empereur. C'est pourquoi les canons qui ont été faits dans ce concile, quoique placés par les Grecs à la fin du sixième concile général, duquel on voulait faire regarder ce concile comme un supplément, n'ont eu par eux-mêmes aucune autorité dans l'Eglise latine, qui n'en a reçu que ce qu'elle a trouvé de conforme à sa discipline. Ce canon 72, qui déclarait nuls les mariages des fidèles avec les hérétiques, et qui en cela était contraire à sa discipline, n'a pu y être reçu.

251. Depuis, on a continué de regarder les mariages des fidèles avec les hérétiques, comme dangereux, et en cela mauvais, même comme défendus. Mais je ne connais aucune loi séculière en France, ni aucun canon qui les ait déclarés nuls[2] avant l'édit de Louis XIV, du mois de novembre 1680.

Le roi, par le préambule de cet édit, s'explique ainsi : « Les canons des con-

---

[1] Qui était alors la peine de mort, suivant la loi de Constantin. (*Note de l'édition de 1768.*)

[2] *V.* le n° 180 de ce traité.

ciles ayant condamné les mariages des catholiques avec les hérétiques, comme un scandale public et une profanation du sacrement, nous avons estimé d'autant plus nécessaire de les empêcher à l'avenir, que nous avons reconnu que la tolérance de ces mariages expose les catholiques à une tentation continuelle de se pervertir, etc.» Ensuite il est dit par le dispositif : — «Voulons et nous plaît qu'*à l'avenir* nos sujets de la religion catholique, apostolique et romaine ne puissent, sous quelque prétexte que ce soit, contracter mariage avec ceux de la religion prétendue réformée; déclarant tels mariages non valablement contractés, et les enfants qui en viendront, illégitimes, etc.»

N'y ayant plus aujourd'hui qu'une religion en France, les mariages n'y pouvant être valablement contractés qu'en face d'Église, et les personnes qui les contractent étant par conséquent présumées catholiques, cet édit ne peut plus avoir aujourd'hui d'application [1].

CHAPITRE IV.

Des dispenses qu'on accorde des empêchements de mariage qui se rencontrent dans les personnes.

Nous verrons sur cette matière, — 1° A qui appartient le pouvoir d'accorder des dispenses pour les mariages; — 2° Quelles sont les espèces d'empêchements pour lesquels on en peut accorder. — 3° Nous établirons des principes sur la concession des dispenses. — 4° Nous parcourrons les différentes causes qu'on a coutume de proposer pour obtenir les dispenses de parenté et d'affinité. — 5° Nous traiterons de la forme, tant des dispenses, que de la supplique pour les obtenir, et de leur fulmination.

ART. I[er]. — A qui appartient le pouvoir d'accorder des dispenses d'empêchements de mariage.

252. Les plus anciens empêchements de mariage de droit positif ayant été établis par la puissance séculière, c'est à cette puissance qu'il appartenait d'en dispenser; car le législateur a seul le droit de dispenser de sa loi [2].

Par exemple, l'empêchement de mariage qui était chez les Romains entre un homme de condition honnête, et une femme qui avait fait le métier de comédienne, était un empêchement établi par la loi civile. Justinien, par la loi 23, Cod. *de Nupt.*, permet à ces femmes, après avoir quitté cet état, de s'adresser à lui pour obtenir dispense de cet empêchement [3].

L'empêchement de mariage pour cause de parenté entre cousins germains ayant été établi par la loi de Théodose le Grand, et par conséquent par la puissance séculière, c'était aux empereurs que l'on devait s'adresser pour obtenir la dispense de cet empêchement. C'est ce que nous apprenons de la constitution d'Arcade et d'Honorius, telle qu'elle est rapportée en la loi unique [4], Cod. *Theod. Si nupt. ex rescrip. pet.*

---

[1] Il est évident qu'aujourd'hui la diversité de religion ne peut être un empêchement même prohibitif du mariage. Il ne pouvait en être question dans un pays qui admet la liberté des cultes.

[2] Dans les cas très peu nombreux où la loi permet d'accorder des dispenses pour cause de parenté ou alliance, ou pour défaut d'âge, c'est au roi qu'il appartient de les concéder.

[3] Cet empêchement n'existe plus.

[4] Ils peuvent aujourd'hui se marier sans dispense.

Ces empereurs, après avoir, par le commencement de cette loi, défendu de s'adresser à eux pour avoir dispense d'épouser des filles, sans avoir leur libre consentement et celui de leurs parents; et après avoir déclaré nulles et obreptices telles dispenses, si elles étaient obtenues, permettent ensuite, dans le cas auquel toutes les parties consentent au mariage, de s'adresser à eux pour obtenir des dispenses, s'il est par eux jugé à propos, des autres empêchements de mariage, et notamment de celui qui résulte de la loi de l'empereur leur père, de triomphante mémoire, qui a défendu le mariage entre cousins germains; duquel empêchement, disent-ils, leur père n'avait pas défendu par sa loi de lui demander dispense : *Exceptis his quos consobrinorum, hoc est quarti gradûs conjunctionem lex triomphalis memoriæ patris nostri, exemplo indultorum supplicare non vetavit.*

On ne voit pas que personne ait pensé alors que les empereurs, en se réservant d'accorder ces dispenses, aient excédé leur pouvoir, et entrepris sur celui de la puissance ecclésiastique.

Le roi Théodoric usait aussi du pouvoir qu'ont les princes d'accorder des dispenses des empêchements de mariage qu'ils ont établis. Cassiodore, *Variorum*, lib. 7, cap. 46, nous rapporte la formule d'une dispense pour un mariage entre cousins germains.

253. L'Eglise ayant le pouvoir d'établir des empêchements dirimants de mariage, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 19, elle a aussi le pouvoir d'accorder des dispenses de ceux qu'elle a établis [1].

Les protestants ont contesté à l'Eglise l'un et l'autre de ces droits. Ils ont prétendu qu'elle n'avait pas le droit d'établir des empêchements dirimants de mariage, et qu'en conséquence elle n'avair pu étendre la défense des mariages pour cause de parenté ou d'affinité, au delà des degrés qui sont compris dans la loi du Lévitique. Ils ont, d'un autre côté, prétendu que l'Eglise n'avait pas le droit d'accorder des dispenses des empêchements de mariage.

C'est contre cette doctrine des protestants qu'a été fait le troisième canon de la vingt-quatrième session du concile de Trente, où il est dit : *Si quis dixerit eos tantùm consanguinitatum et affinitatis gradus qui in Levitico exprimuntur, posse impedire matrimonium contrahendum, et contractum dirimere, nec posse Ecclesiam in nonnullis eorum dispensare, aut constituere ut plures impediant aut dirimant, anathema sit.*

254. Je souscris très sincèrement à ce canon : je ferai seulement une observation. Quoique l'Eglise ait un droit incontestable d'accorder des dispenses des empêchements de mariage qu'elle a établis, et qu'en conséquence les personnes en qui ils se rencontrent, doivent, pour contracter mariage, obtenir des supérieurs ecclésiastiques ces dispenses; néanmoins comme les princes, en adoptant les canons qui ont établi ces empêchements, ont fait de ces canons des lois de leurs Etats, qui forment des empêchements dirimants de mariage, les dispenses que ces personnes en qui ils se rencontrent, obtiennent du supérieur ecclésiastique, ne sont suffisantes qu'en tant qu'elles se trouvent autorisées par le prince séculier, au moins tacitement. Le prince, en permettant et souffrant que ses sujets contractent mariage en vertu de ces dispenses, est censé déclarer tacitement qu'il veut bien sur ces dispenses s'en rapporter aux supérieurs ecclésiastiques, et confirmer et autoriser les dispenses que les supérieurs ecclésiastiques accordent [2].

---

[1] La loi n'envisageant le mariage que comme un contrat civil, il est dès lors évident que l'église ne peut établir aucun empêchement au mariage considéré à ce point de vue, c'est-à-dire, pouvant empêcher le contrat de produire ses effets : toutes les prohibitions portées par les canons ne peuvent concerner que le sacrement qui n'est plus l'objet de la loi, et qui est du ressort de la conscience seulement.

[2] Il est facile de voir que quoique

255. Observez aussi que, quoique l'empêchement de parenté entre cousins germains ait été établi par une loi de Théodose, et celui de l'alliance spirituelle par une loi de Justinien, et par conséquent par la puissance séculière, ils sont néanmoins regardés comme des empêchements de discipline ecclésiastique, pour la dispense desquels il est d'usage de se pourvoir devant les supérieurs ecclésiastiques. La raison est, que les peuples qui se sont établis sur les débris de l'empire romain, n'ayant jamais été soumis aux lois des empereurs romains, ne se sont soumis à ces empêchements de mariage, lorsqu'ils ont embrassé la religion chrétienne, que parce que ces empêchements se trouvaient faire partie de la discipline de l'Eglise.

256. Chaque évêque a-t-il dans son diocèse le droit d'exercer le pouvoir qu'a l'Eglise de dispenser des empêchements de mariage; ou ce droit est-il réservé au pape seul? Fra-Paolo, dans son histoire du concile de Trente, nous apprend que les évêques français et espagnols demandèrent que, dans les canons qui parleraient des dispenses, il fût dit qu'elles seraient accordées par les évêques; mais que les Italiens s'y opposèrent de toutes leurs forces, et dirent que le but de ces évêques était de se faire autant de papes, et de se rendre indépendants du Saint Siége. La question ne fut pas décidée; et on évita d'exprimer dans les canons du concile, par qui les dispenses seraient accordées.

Le concile, en la session 25, cap. 18, dit en termes généraux, que « lorsqu'il y a lieu à la dispense, elle doit être accordée par ceux à qui il appartient de l'accorder » : *Si urgens justaque ratio.... postulaverit ut cum aliquibus dispensandum esset, id causâ cognitâ ac summâ maturitate, atque gratis*, A QUIBUSCUMQUE AD QUOS DISPENSATIO PERTINEBIT ERIT PRÆSTANDUM [1].

Ce pouvoir, à le considérer en lui-même (abstraction faite de ce que l'usage a pu donner à cet égard au pape), est du droit épiscopal, qui de droit commun, appartient à chaque évêque dans son diocèse. Les apôtres ont transmis aux évêques, leurs successeurs, tout le pouvoir qu'ils avaient reçu de Jésus-Christ pour le gouvernement de l'Eglise [2]. Chaque évêque, de droit commun, doit jouir de tout ce pouvoir pour le gouvernement de son diocèse. De là il suit que chaque évêque est dans son diocèse le juge naturel de l'étendue que doivent avoir les canons, et des cas auxquels ils doivent souffrir exception, et dans lesquels on peut par conséquent en accorder la dispense.

Il est pareillement constant qu'il n'y a aucun canon en aucun temps, qui ait réservé au pape, à l'exclusion des évêques, le pouvoir d'accorder des dispenses des empêchements de mariage.

A l'égard de l'usage, il n'a pas été le même partout. Nous avons en France plusieurs diocèses dans lesquels les évêques se sont maintenus dans la possession d'accorder aux personnes de leurs diocèses des dispenses des empêchements de parenté et d'affinité au troisième et au quatrième degré. Tels sont, au rapport de l'auteur des conférences de Paris, le diocèse de Paris, celui de Châlons-sur-Marne, tous les diocèses des provinces de Guienne et de Languedoc, et plusieurs autres diocèses du royaume.

Il ne peut être douteux, à l'égard de ces diocèses, que les évêques n'y aient

---

Pothier soit dominé par des idées religieuses, cependant il appelle, avec raison, constamment à son secours la force de la loi civile, ou la volonté, soit expresse soit tacite, de la puissance séculière, et c'est seulement dans cette loi civile qu'il trouve, en dernier résultat, le motif déterminant de sa décision.

[1] Le concile veut qu'elles soient accordées gratuitement, *gratis;* ce qui est bon à remarquer.

[2] Il est probable que les apôtres se sont peu occupés des dispenses de mariage.

le droit d'accorder ces dispenses, puisqu'ils réunissent pour cela le droit que l'épiscopat leur donne, et la possession de ce droit.

Il est vrai que, même dans ces diocèses, le pape peut aussi accorder ces dispenses aux parties qui s'adressent à lui : la longue possession en laquelle il est de les accorder, lui donne ce droit de concurrence.

257. Il y a un grand nombre d'autres diocèses en France, dans lesquels le pape est seul en possession d'accorder toutes les dispenses de parenté, d'affinité et autres, et dans lesquels il n'y a pas de mémoire que les évêques aient jamais accordé ces dispenses, si ce n'est aux pauvres. C'est à l'égard de ces évêques qu'il y a lieu à la question de savoir, si le pape n'a pas acquis par prescription un droit exclusif d'accorder dans ces diocèses les dispenses des empêchements de mariage.

On dit pour le pape, qu'un usage qui ne renferme rien qui soit défendu par le droit naturel ou divin, surtout lorsqu'il est fondé en quelque raison, est une loi non écrite, qui n'a pas moins de force qu'une loi écrite : *Mos est vetustate probata consuetudo, sive lex non scripta.*

C'est pourquoi, quoiqu'il n'y ait aucune loi ecclésiastique écrite, qui ait réservé expressément au pape le pouvoir d'accorder les dispenses des empêchements de mariage, l'usage immémorial dans lequel est le pape d'accorder dans ces diocèses les dispenses à l'exclusion des évêques, tient lieu d'une loi ecclésiastique écrite, qui le lui aurait réservé. Cet usage est (dit-on) fondé en raison, en ce qu'en rendant les dispenses plus difficiles à obtenir, il empêche la discipline ecclésiastique de recevoir à cet égard de trop fréquentes atteintes.

On ajoute que, dans ces diocèses, les évêques ont constamment reconnu ce droit exclusif qu'a le pape d'accorder les dispenses des empêchements de mariage, non-seulement en s'abstenant d'en accorder aucune, si ce n'est à des pauvres, mais encore en souffrant que leurs officiaux fulminent les dispenses que le pape leur adresse : plusieurs même l'ont reconnu formellement dans leurs statuts synodaux. Nous en avons un dans un diocèse d'Orléans, de M. d'Elbène, dans le dix-septième siècle, où il dit : *In impedimentis quæ dirimunt matrimonium, ubi dispensationi locus, auctoritate tantùm Apostolicâ dispensatur;* Cod. *Stat. Aurel*, tit. *de Matrim.*, p. 5.

Il y a des évêques à qui le pape donne des indults pour accorder les dispenses de parenté ou d'affinité. Ces évêques, en recevant ces indults, reconnaissent bien formellement que le droit d'accorder ces dispenses appartient au pape seul, et qu'ils ne l'ont pas par eux-mêmes. Enfin le concile de la province de Tours, assemblé en 1583, déclare expressément, au titre *de Matrimonio : In quarto consanguinitatis et affinitatis necnon spiritualis cognationis prohibitis gradibus suprà expressis, episcopis dispensare non licere declaramus.*

On dit au contraire pour les évêques, que c'est un principe qu'un droit qui consiste dans une faculté qu'on a de droit commun, n'est pas sujet à prescription. Par exemple, le droit qu'a le propriétaire d'un héritage tenu en fief de chasser sur cet héritage, ne se perd pas par la prescription, quand même ce propriétaire ni ses prédécesseurs n'auraient jamais, de mémoire d'homme, usé de cette faculté. Le seigneur de qui relève ce fief, qui y aurait chassé, ne pourrait pas prétendre avoir acquis par prescription le droit d'y chasser à l'exclusion de ce propriétaire. Suivant ce principe, le droit qu'a un évêque d'accorder dispenses des empêchements de mariage, étant une faculté qu'il a de droit commun comme évêque, ne doit pas être sujet à prescription ; d'autant plus que ces dispenses ne devant s'accorder que très rarement et pour de grandes causes : si lui ni ses prédécesseurs, pendant un temps immémorial, n'ont pas accordé de dispenses, il a pu se faire que le cas ne se soit pas présenté. On ne doit donc pas imputer à négligence s'ils n'ont pas usé de leur

droit : c'est plutôt un effet de leur exactitude à observer les canons ; et il serait injuste que cette exactitude leur fît perdre leur droit.

On peut encore dire, pour les évêques contre lesquels on prétend que le pape a acquis par prescription le droit exclusif d'accorder des dispenses ; que ces évêques sont en possession d'en accorder aux pauvres ; que par celles qu'ils accordent aux pauvres, ils se conservent la possession du droit que l'épiscopat leur donne d'accorder ces dispenses, et par conséquent aux riches aussi bien qu'aux pauvres : car le droit d'accorder aux riches des dispenses, n'est pas un droit différent de celui de les accorder aux pauvres ; c'est un seul et même droit. Les évêques, par les dispenses qu'ils accordent aux pauvres, se conservent donc la possession du droit qu'ils ont de les accorder, et sans différence des personnes, soit aux riches, soit aux pauvres.

Quant à ce qu'on dit que les évêques ont reconnu continuellement le droit du pape, en souffrant que leurs officiaux fulminassent les dispenses que le pape leur adresse, il est facile de répondre que les évêques reconnaissent par là seulement le droit du pape, concurremment avec eux, d'accorder ces dispenses aux personnes qui s'adressent à lui, mais non pas le droit exclusif qu'on lui attribue.

A l'égard de l'argument tiré de ce que plusieurs évêques ont reconnu ce droit exclusif, on répond que cette reconnaissance que ces évêques, par ignorance de leur droits, ont faite de ce droit exclusif qu'on attribue au pape, ne doit préjudicier à leurs successeurs, ni encore moins aux autres évêques, qui, sans renoncer à leur droit, n'en ont pas usé. Le fait de plusieurs de leurs collègues qui sont en possession d'user de ce droit, doit plutôt le conserver aux évêques qui n'en ont pas usé, que le fait de ceux qui, par ignorance, y ont renoncé, ne doit le leur faire perdre.

On a coutume aussi d'alléguer sur cette matière un arrêt du 11 février 1638, qui est au recueil de Bardet, t. 2, liv. 7, ch. 12, par lequel, sur l'appel comme d'abus d'une dispense accordée par l'évêque de Poitiers, qu'on prétendait n'avoir pas ce pouvoir, la Cour mit les parties hors de Cour. Mais on ne peut guère tirer avantage de cet arrêt, paraissant, par ce que Bardet rapporte du plaidoyer de M. Talon, sur les conclusions duquel l'arrêt est intervenu, que les parties à qui cette dispense avait été accordée, étaient pauvres, et qu'elle n'avait été accordée que depuis le mariage contracté de bonne foi, pour un empêchement qui n'avait été connu que depuis.

Il me suffit d'avoir rapporté ce qu'on a coutume de dire pour et contre ; il ne m'appartient pas de dire mon avis sur une question de cette importance[1].

258. Dans les diocèses où les évêques se sont maintenus dans la possession d'accorder les dispenses des empêchements de parenté et d'affinité au troisième et au quatrième degré, leurs vicaires généraux peuvent-ils les accorder, lorsque l'évêque ne s'est pas réservé ce droit ? — L'auteur des conférences de Paris en fait une question : mais je n'y vois pas l'ombre de difficulté. Ce droit, dans la possession duquel ces évêques se sont maintenus, fait partie des droits de la juridiction ordinaire attachée à l'épiscopat ; or c'est un principe de droit, que tout ce qui fait partie de la juridiction ordinaire, passe au délégué ; sauf ce que le déléguant en aurait excepté, et se serait réservé.

259. Par la même raison, dans ces diocèses, les vicaires généraux du chapitre, *Sede vacante*, peuvent accorder ces dispenses. Les officiaux ne peuvent les accorder ; car ce n'est que la juridiction contentieuse qui leur est déléguée.

260. Lorsqu'un évêque n'accorde les dispenses qu'en vertu d'un indult du

[1] Cette matière ne peut plus aujourd'hui présenter de question de droit à résoudre.

pape, ses vicaires généraux peuvent-ils les accorder ?—D'Héricourt, part. 1, ch. 2, n° 13, décide qu'ils le peuvent. Sa décision me paraît contraire aux principes de droit. L'évêque n'étant lui-même par cet indult qu'un délégué du pape, il ne peut pas déléguer à ses vicaires généraux la juridiction qui lui a été déléguée : *Mandatam sibi jurisdictionem mandare alteri neminem posse manifestum est;* L. 5, ff. *de Off. ejus cui mand. More majorum itá comparatum est, ut is demùm jurisdictionem mandare posset, qui eam suo jure, non alieno beneficio haberet;* L. 5, ff. *de Jurisd. Quæ specialiter.... tribuuntur, mandatâ jurisdictione non transferuntur; quæ verò jure magistratûs competunt* (c'est-à-dire, les seules choses qui font partie de la juridiction ordinaire), *mandari possunt;* L. 1, ff. *de Off. ejus cui mand.*

261. Les chapitres, abbés et autres qui ont une juridiction *quasi épiscopale* dans un certain territoire, peuvent-ils accorder dispense des empêchements de mariage dans les diocèses où les évêques se sont maintenus en possession de les accorder ? Il est certain qu'ils ne le peuvent, s'ils n'en sont en possession ; et même dans le cas où ils auraient une possession, il y aurait lieu d'en douter. Ces juridictions *quasi épiscopales* sont très défavorables.

ART. II. — Pour quelles espèces d'empechements peut-on obtenir dispense.

262. Il est évident qu'on ne peut obtenir dispense pour les espèces d'empêchements qui ont leur fondement, ou dans la nature même du mariage, ou dans le droit naturel ou divin, ou dans l'honnêteté publique.

Pour savoir plus particulièrement quelles sont les différentes causes d'empêchement pour lesquels on peut, on non, obtenir dispense, nous allons sommairement les parcourir toutes.

Nous avons rapporté dans la première section six causes d'empêchements dirimants, que nous avons appelés *absolus ;* savoir, le défaut de raison, le défaut de puberté, l'impuissance, l'engagement d'un mariage subsistant, l'engagement dans les ordres sacrés, et la profession religieuse.

Les quatre premières espèces de ces empêchements étant fondées dans la nature même du mariage, il est évident qu'on ne peut en obtenir dispense [1].

263. Quoique l'empêchement que forment les ordres sacrés, ne soit que de droit positif, néanmoins on n'a pas coutume d'en accorder la dispense : les papes l'ont accordée quelquefois à des princes pour le bien d'un Etat. On l'accorde aussi quelquefois à des particuliers, lorsqu'ils n'ont pas monté plus haut qu'au sous-diaconat, surtout lorsqu'ils y ont été engagés par contrainte [2].

264. La dispense de l'empêchement de la profession religieuse peut encore moins s'obtenir.

Quand même le pape aurait dispensé un religieux de ses vœux, et lui aurait permis de se marier, ce religieux qui, par sa profession religieuse, a perdu l'état civil, et qui est regardé dans l'ordre civil comme mort, et comme n'existant point, ne pourrait pas contracter un mariage qui eût les effets civils : car l'état civil étant dans l'ordre politique, la puissance du pape, qui est toute spirituelle, et qui ne peut être exercée en France sur le temporel, et sur les choses qui sont de l'ordre politique, ne peut pas rendre à ce religieux, par la dispense qui lui serait accordée de ses vœux, l'état civil qu'il a perdu : il n'y a que le roi qui puisse alors le rendre à ses sujets.

---

[1] *V.* à l'égard de l'empêchement résultant du défaut de puberté, art. 145, C. civ., ci-dessus, p. 39, note 2.

[2] Si l'engagement dans les ordres n'est plus un empêchement, les dispenses ne sont plus nécessaires.

Le cas d'un religieux qui a obtenu une sentence de l'official de son diocèse, qui déclare nuls les vœux de religion qu'il a faits, est un cas très différent. L'official étant, suivant nos lois, compétent pour juger de la validité ou invalidité des vœux, qui est une matière spirituelle, la sentence de cet official fait une foi juridique, que la profession religieuse de ce prétendu religieux n'a pas été valablement faite; d'où on tire la conséquence qu'il n'a jamais perdu l'état civil, qui ne peut se perdre que par une profession valablement faite; et par conséquent rien n'empêche que cette personne, qui n'a été religieux qu'en apparence, *habitu tenùs*, et qui ne l'a jamais été véritablement, ne puisse contracter un mariage qui ait les effets civils.

L'official ne rend pas à cette personne l'état civil, qu'elle n'a jamais perdu. Il ne prononce pas même directement sur l'état civil de cette personne, qui n'est pas de sa compétence : il ne prononce que sur l'invalidité des vœux; et ce n'est que par une conséquence qu'on tire de la sentence, qu'on juge que cette personne n'a jamais perdu l'état civil [1].

265. Passons maintenant aux neuf différentes espèces d'empêchements dont nous avons traité dans la seconde question.

La première est celle de la *parenté*.

Il faut, à l'égard de la parenté, distinguer les *lignes* et les *degrés*.

Il est évident que l'empêchement de parenté dans la ligne directe, en quelque degré que soit la parenté, n'est pas susceptible de dispense; cet empêchement ayant son fondement dans le droit naturel, qui a fait regarder chez toutes les nations comme incestueuse l'union des personnes qui se touchent de parenté dans cette ligne.

266. A l'égard de la parenté de la ligne collatérale, on n'accorde pas de dispense pour le mariage du frère et de la sœur; cet empêchement étant fondé dans le droit naturel et dans la loi du Lévitique, qui défend ce mariage, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 133.

267. Le mariage du neveu avec sa tante, ne paraît pas non plus susceptible de dispense. Il est expressément défendu par la loi du Lévitique, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 133; et le respect que le neveu doit à sa tante, ne permet pas qu'elle devienne sa femme, et qu'elle soit en cette qualité soumise à sa puissance [2].

268. Il pourrait sembler que le mariage de l'oncle avec sa nièce ne devrait pas être non plus susceptible de dispense. Quoiqu'il ne soit pas expressément défendu par la loi du Lévitique, comme l'est celui de la tante avec son neveu, néanmoins la même raison paraît se rencontrer [3].

La raison que le Lévitique a exprimée pour défendre le mariage de la tante avec son neveu, est parce que la tante étant la sœur du père ou de la mère du neveu, elle est un même sang avec le père ou la mère de son neveu : *Turpitudinem sororis patris tui non discooperies, quia caro est patris tui : turpitudinem sororis matris tuæ non revelabis, eo quòd caro sit matris tuæ ;* or cette raison se rencontre à l'égard du mariage de l'oncle avec sa nièce; l'oncle étant le frère du père ou de la mère de sa nièce, il est une même chair avec le père ou la mère de sa nièce.

Ajoutez que ce mariage a été regardé constamment, même dès le temps du paganisme, comme contraire au droit naturel, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 134.

L'empereur Zénon, en la loi 2, Cod. *Si nupt. ex. rescr. pet.*, appelle ce ma

---

[1] Nos lois nouvelles ne reconnaissent plus la validité des vœux.

[2] L'art. 164, C. civ., *V.* ci-dessus, p. 63, note 2, permet d'accorder dispense pour ce cas.

[3] *V.* art. 164, C. civ., p. 63, note 2.

riage *nefandum scelus* : il défend de lui demander dispense pour le contracter : *Precandi quoque in posterum super tali conjugio, imo potiùs contagio, cunctis licentiam denegamus.*

Nous avons néanmoins des exemples de dispenses accordées pour le mariage de l'oncle avec la nièce. Le pape Alexandre IV, dans le treizième siècle, accorda cette dispense à Waldemare, roi de Suède, pour épouser Sophie, fille de Eric (ou Henri), roi de Danemarck, son frère. Otto, qui rapporte ce fait, Hist. 19, ch. 18, remarque que ce pape eut bien de la peine à accorder cette dispense qu'il avait d'abord refusée, et qu'il ne se détermina à l'accorder que par la considération des grands avantages qui en devaient résulter pour les deux royaumes.

Un autre exemple célèbre est celui de la dispense accordée à Philippe II, roi d'Espagne, pour épouser en quatrièmes noces Anne d'Autriche, fille de l'empereur Maximilien son frère.

Ces dispenses depuis sont devenues fréquentes, et nous avons sous nos yeux des exemples de semblables dispenses accordées à de simples bourgeois. Il ne nous appartient pas d'y trouver à redire.

269. Quoique le concile de Trente eût défendu d'accorder des dispenses pour le mariage des cousins germains, si ce n'est à de grands princes, et pour des raisons d'État ; *In secundo gradu nunquam dispensetur, nisi inter magnos principes, et ob publicam causam;* sess. 24, cap. 5, *tit. de Reform. matrim.*; néanmoins il est d'usage aujourd'hui en cour de Rome, d'accorder dispenses, pour le mariage des cousins germains, à tous ceux qui les demandent [1].

On accorde, à plus forte raison, des dispenses pour le mariage des cousins qui sont en degré plus éloigné.

270. Quant à la seconde espèce d'empêchement, qui est l'*affinité*, il faut, de même qu'à l'égard de la parenté, distinguer les *lignes* et les *degrés*.

Il est évident que l'empêchement d'affinité dans la ligne directe, en quelque degré que ce soit, n'est pas susceptible de dispense ; cet empêchement ayant, comme nous l'avons vu, son fondement dans la loi naturelle et dans la loi du Lévitique.

A l'égard de l'affinité de la ligne collatérale, quoique la loi du Lévitique défende expressément le mariage d'un frère avec la veuve de son frère, néanmoins nous avons un célèbre exemple de dispense accordée dans ce cas ; c'est celui de la dispense accordée par Jules II à Henri VIII, roi d'Angleterre, pour épouser Catherine d'Aragon, veuve de son frère Arthus. Nous avons encore depuis l'exemple de la dispense accordée par le pape Innocent X à Casimir, roi de Pologne, pour épouser Marie de Gonzague, veuve de son frère Uladislas.

On dit, pour autoriser ces dispenses, que les mariages de Catherine d'Aragon avec Arthus, et celui d'Uladislas, n'avaient pas été consommés ; ce qui les met hors du cas de la loi portée au Lévitique, qui ne paraît défendre d'épouser la veuve de son frère, que lorsqu'elle avait consommé le mariage, comme le font entendre ces termes : *Turpitudinem uxoris fratris tui non revelabis, quia turpitudo fratris tui est* [2].

On en accorde pour toutes les autres espèces d'affinité de la ligne collatérale. L'auteur du *Journal des Audiences* (t. 3, liv. 9, ch. 2), nous rapporte l'espèce d'un arrêt du 22 janvier 1683, rendu sur l'appel comme d'abus interjeté d'une dispense accordée en cour de Rome au sieur Vaillant, médecin de Beauvais, pour épouser la sœur de sa défunte femme. Quoique les raisons

---

[1] Ils peuvent aujourd'hui se marier sans dispenses.

[2] L'art. 164, C. civ., *V.* ci-dessus, p. 63, note 2, permet d'accorder dispense pour le mariage entre beau-frère et belle-sœur.

contre la dispense, qui nous sont rapportées par l'auteur, fussent très fortes, néanmoins la Cour, par arrêt du 23 février 1683, confirma le mariage.

Depuis, on a accordé beaucoup d'autres semblables dispenses, et les exemples en sont devenus fréquents. Nous avons, à Orléans, l'exemple d'un particulier qui a obtenu des dispenses pour épouser successivement les deux sœurs. On dit pour les autoriser, que la loi du Lévitique, 18, 12, défendait aux Juifs d'avoir pour femmes les deux sœurs en même temps : *Sororem uxoris tuæ in pellicatum illius non adduces, nec revelabis turpitudinem ejus* ADHUC ILLA VIVENTE : d'où on conclut qu'elle ne défend pas, au moins expressément, de les épouser successivement.

Saint Basile pensait bien différemment, lui qui dans une de ses lettres à Diodore, qui est la cent quatre-vingt-dix-septième dans l'édition de Paris de 1638, dit que demander si on peut épouser la sœur de sa défunte femme, est une demande qui fait horreur : *Interrogatus à quoquam liceat ne demortuæ uxoris sororem matrimonio ducere, ab eâ quæstione non abhorruerit.* Ensuite il rapporte l'objection qu'on faisait tirer de ces termes *adhuc illâ vivente*, pour en conclure qu'il n'est pas défendu d'épouser les deux sœurs successivement, et il nie cette conséquence.

Nous avons à Orléans un exemple de dispense accordée à un homme pour épouser la veuve de son oncle paternel, quoique cette veuve lui tînt lieu de mère, et que cette alliance paraisse expressément défendue par la loi du Lévitique : *Turpitudinem patrui tui non revelabis, nec accedes ad uxorem ejus* ; Levit., 18, 14.

Cette dispense pour le mariage d'un neveu avec la veuve de son oncle[1], a été confirmée par un arrêt du parlement de Toulouse, de l'an 1609, rapporté au troisième tome des mémoires du clergé.

271. Passons aux autres espèces d'empêchement.

La troisième espèce de ceux que nous avons rapportés en la seconde section, est celui qui résultait de la parenté civile que formait l'*adoption* : l'adoption n'étant plus en usage, il ne peut plus y avoir lieu ni à l'empêchement, ni à la dispense[2].

La quatrième espèce d'empêchement est la *parenté spirituelle;* on en accorde facilement la dispense[3].

272. L'empêchement que nous avons rapporté en cinquième lieu, est celui qu'on appelle d'*honnêteté publique*, et qui résulte des fiançailles, ou d'un mariage non consommé.

Il est évident que l'honnêteté publique est une chose qui n'est pas susceptible de dispense : on ne peut pas honnêtement permettre ce que l'honnêteté publique défend. C'est pourquoi l'honnêteté publique qui défend le mariage de l'un des fiancés ou de l'un des deux conjoints par mariage non consommé, avec les parents de la ligne directe de l'autre fiancé ou de l'autre conjoint par mariage, ne permet pas qu'on puisse accorder des dispenses pour ces mariages[4].

---

[1] Le mariage pourrait, dans ce cas, avoir lieu sans dispense, car il n'y a ni parenté ni alliance.

[2] Cet empêchement existe aujourd'hui; *V.* art. 348, C. civ. Mais, comme nous l'avons déjà remarqué, le Code n'ayant point prononcé la nullité, nous sommes porté à croire que le roi pourrait accorder des dispenses.

Art. 348 : « L'adopté restera dans « sa famille naturelle, et y conservera « tous ses droits : néanmoins le ma« riage est prohibé : — Entre l'adop« tant, l'adopté et ses descendants ; — « Entre les enfants adoptifs du même « individu ; — Entre l'adopté et les en« fants qui pourraient survenir à l'a« doptant ; — Entre l'adopté et l'a« doptant, et réciproquement entre « l'adoptant et le conjoint de l'adop« té. »

[3] La loi ne reconnaît point cet empêchement.

[4] L'empêchement pour cause de

Il n'en est pas de même des mariages de l'un des fiancés ou conjoints, avec les parents de la ligne collatérale de l'autre : ces mariages ayant été longtemps permis et regardés comme honnêtes, ne peuvent pas paraître contraires à l'honnêteté publique proprement dite, qui est invariable. L'honnêteté publique dont est prétexté l'empêchement de ces mariages, n'est que de droit arbitraire, et est par conséquent susceptible de dispense.

273. L'empêchement que nous avons rapporté en sixième lieu, qui résulte du *rapt*, n'est pas susceptible de dispense.

Il est évident que la dispense qui serait accordée à un ravisseur, d'épouser la personne ravie qu'il retient en sa puissance, serait contraire aux bonnes mœurs, puisqu'elle autoriserait son crime [1].

274. A l'égard des empêchements que nous avons rapportés en septième et huitième lieu, il est évident qu'on ne doit pas accorder dispense à une femme d'épouser son *adultère*, ou le *meurtrier de son mari* (dans les cas auxquels les règles de l'Eglise le défendent), lorsque les parties n'ont pas encore passé à la célébration de ce mariage. Une telle dispense autoriserait et récompenserait le crime, et serait par conséquent contraire aux bonnes mœurs.

Mais lorsque les parties, nonobstant l'empêchement dirimant résultant du crime qui n'était connu que d'elles, ont passé dans le fait à la célébration du mariage, il est d'usage qu'on leur accorde à Rome, par un bref de pénitencerie, une dispense pour valider le mariage. Cette dispense, qui est accordée pour empêcher le scandale qui résulterait de leur séparation, et de la manifestation du crime à laquelle leur séparation pourrait donner lieu, a des motifs très honnêtes [2].

275. L'empêchement que nous avons rapporté en dernier lieu, qui résulte de l'édit de 1680, qui défend le mariage des *catholiques avec ceux de la religion prétendue réformée*, étant un empêchement dirimant établi par la loi du prince, le roi seul avait le pouvoir d'en accorder dispense. N'y ayant plus à présent qu'une religion en France, il ne peut plus y avoir lieu ni à cet empêchement, ni à la dispense [3].

ART. III. — Principes sur la concession des dispenses des empêchements de mariage.

Nous verrons en premier lieu, dans un premier paragraphe, quelle est la nature du pouvoir qu'ont les supérieurs ecclésiastiques d'accorder des dispenses.—Nous ferons, dans le paragraphe suivant, l'application du principe, sur la nature de ce pouvoir, aux dispenses de mariage.

§ I. *De la nature du pouvoir qu'ont les supérieurs ecclésiastiques d'accorder des dispenses.*

276. Le pouvoir qu'ont les supérieurs ecclésiastiques d'accorder des dispenses, me paraît devoir être défini, le droit qu'a le supérieur ecclésiastique de déclarer juridiquement et avec autorité, que celui qui demande dispense est dans un cas auquel la règle doit souffrir exception, et duquel il estime en sa

---

fiançailles n'existe plus ; quant à l'alliance, elle est le résultat immédiat et légal du mariage contracté, il est inutile de rechercher s'il a été ou non consommé.

[1] Il ne peut s'élever, dans ce cas, d'autre question que celle de savoir s'il y a eu liberté dans le consentement.

[2] Il ne peut plus être question de dispense dans ce cas.

[3] Par la raison inverse, il ne peut plus y avoir lieu ni à cet empêchement ni à la dispense.

conscience, que les auteurs de la règle, s'ils l'eussent prévu, eussent eux-mêmes fait un cas d'exception.

La *dispense* est la déclaration juridique faite par le supérieur ecclésiastique, que celui à qui elle est accordée est dans un de ces cas d'exception. Pour établir nos définitions, nous remarquerons qu'il y a une grande différence, à l'égard du pouvoir d'accorder les dispenses, entre le prince séculier et les supérieurs ecclésiastiques.

Le prince séculier, qui est souverain, et qui a dans lui seul le droit de faire des lois dans ses Etats, a aussi le droit en lui seul de les abroger et d'y déroger à son gré : et comme il peut déroger à une loi à l'égard de tous ses sujets, il peut aussi, lorsqu'il le juge à propos, déroger à sa loi, à l'égard seulement de quelqu'un de ses sujets, en lui accordant la dispense de l'observer.

Il n'a besoin d'autre raison pour accorder la dispense, que de celle qu'il exprime par ces termes : *Car tel est notre plaisir* [1].

Il n'en est pas de même des supérieurs ecclésiastiques : ils n'exercent pas une souveraineté dans l'Eglise ; ils n'y exercent qu'un ministère dont ils sont comptables à l'Eglise. Ils sont tous, sans en excepter le Pape, soumis à ses règles ; ils ne peuvent y déroger en rien, ni les altérer en rien ; ils doivent montrer aux fidèles l'exemple de l'obéissance aux règles de l'Eglise : il s'en faut donc bien qu'ils puissent leur permettre de les enfreindre, en leur accordant, sans un juste sujet, la dispense de les observer.

Mais comme les règles de l'Eglise, qui ont été faites par des hommes, sont, comme toutes les lois humaines, sujettes à souffrir des exceptions, et que, lorsqu'elles ont été faites, on n'a pu prévoir tous les cas qui peuvent se présenter, auxquels la règle devrait souffrir exception, l'Eglise a laissé à ses ministres le pouvoir de juger de ces cas qui pourraient se présenter, et d'accorder dispense de la règle, lorsque le cas leur paraîtra tel, que, s'il eût été prévu lorsqu'on a fait la règle, on en eût fait un cas d'exception.

Ce n'est que dans ces cas que les supérieurs ecclésiastiques, sans en excepter le Pape, peuvent valablement, au moins pour le for de la conscience, accorder dispense des règles de l'Eglise : celles qu'ils accordent hors ces cas, sont des abus de leur pouvoir ; et quoiqu'elles soient valables dans le for extérieur, la présomption étant que le supérieur qui les a accordées, a un juste sujet de les accorder ; néanmoins les parties qui les ont obtenues ne peuvent, dans le for de la conscience, s'en servir sans se rendre coupables devant Dieu de l'infraction à la règle.

C'est ce qu'enseigne Van-Espen, *Dispens. matrim.*, 2[e] part., tit. 14, chap. 8, n° 3, d'après Bellarmin, *Epist. ad nepot. contr.* 5, qui ne doit pas être sur ce point un auteur suspect : *Plerique se securos existimant, dicentes : Papa dispensavit, ipse viderit, ego sum immunis. Hic cavillus,* dit Bellarmin, *securos multos reddit, tutum verò neminem, quoniam Papa* NON EST DOMINUS, SED DISPENSATOR ;

---

[1] Les principes de notre droit public ne sont plus ce qu'ils étaient au temps de Pothier. *V.* art. 13 de la Charte const., et les art. 145 C. civ., (*V.* ci-dessus p. 39, note 2), et 164 (*V.* ci-dessus, p. 63, note 2), tout en permettant d'accorder des dispenses, veulent que ce soit pour des *causes graves.*

Art. 13 : « Le roi est le chef de l'E« tat ; il commande les forces de terre « et de mer, déclare la guerre, fait les « traités de paix, d'alliance et de com« merce, nomme à tous les emplois « d'administration publique, et fait les « règlements et ordonnances néces« saires pour l'exécution des lois, sans « pouvoir jamais ni suspendre les lois « elles-mêmes ni dispenser de leur exé« cution. — Toutefois aucune troupe « étrangère ne pourra être admise au « service de l'Etat qu'en vertu d'une « loi. »

ideòque qui iniquam dispensationem petit, iniquitatis causa est, et qui eâdem utitur, eâdem semper irretitur iniquitate.

§ II. *Application du principe aux dispenses des empêchements de mariage.*

277. Le pouvoir qu'ont les supérieurs ecclésiastiques d'accorder des dispenses, devant se borner, comme nous l'avons établi, aux seuls cas pour lesquels il est vraisemblable qu'on eût fait une exception à la règle, s'ils eussent été prévus, lorsque la règle a été établie, le concile de Trente en a tiré cette conséquence, que les dispenses des empêchements de mariage ne doivent s'accorder que très rarement; parce qu'il est très rare que les personnes qui demandent ces dispenses, se trouvent dans des cas à l'égard desquels on peut dire qu'ils eussent fait une exception à la règle, s'ils eussent été prévus.

C'est pour cela que nous ne voyons pendant les douze ou treize premiers siècles de l'Eglise, presque aucun exemple de dispenses accordées pour contracter des mariages dans les degrés prohibés de parenté ou d'affinité.

Dans le huitième siècle, un Français s'étant vanté d'avoir obtenu du pape Grégoire III une dispense pour épouser une femme qui était la veuve de son oncle, et qui avait pris l'habit de religion, le pape Zacharie, successeur de Grégoire, dans sa lettre à Boniface, qui l'en avait informé, traite d'imposture cette prétendue dispense : *Absit*, dit-il, *ut prædecessor noster hoc ità credatur præcepisse; nec enim ab hâc apostolicâ Sede illa diriguntur, quæ contraria Patrum sive canonum institutis reperiuntur.* Cette lettre est rapportée au sixième tome des Conciles du père Labbe, p. 1498 et suiv.

Quelle dispense fut jamais plus légitime et plus solennelle, que celle qu'obtint le roi Robert, pour épouser sa cousine Berthe, des évêques de son royaume assemblés pour cet effet, après une grande connaissance de cause, pour des raisons d'État et de bien public? Néanmoins le pape Silvestre II excommunia les parties, et les évêques qui avaient accordé la dispense; et quoique cette dispense fût très légitime, et l'excommunication très injuste, le pieux roi Robert et sa femme Berthe, pour arrêter le scandale que causait leur mariage, consentirent de se séparer.

278. On prétend qu'un des premiers exemples de dispenses accordées pour cause de parenté, fut celui que le pape Innocent III accorda à Othon IV, empereur, pour épouser la fille de Philippe, son compétiteur, qui était sa parente au quatrième degré. L'historien qui rapporte ce fait, dit que cette dispense fut accordée sur les instantes prières du clergé et du peuple, pour la pacification de l'empire; Arnoul de Lubec, *in Chronico Sclavorum.* Un autre historien ajoute que pour obtenir la dispense, les abbés de Cîteaux et de Cluny promirent de faire réparer par une grande quantité d'œuvres pieuses de leurs moines, l'atteinte que cette dispense donnait à la discipline; *Otho de sancto Blasio.*

279. Le concile de Trente a voulu rappeler l'ancien esprit de l'Eglise, en ordonnant qu'on n'accordera point de dispenses pour contracter mariage contre les règles de l'Eglise; ou du moins qu'on ne les accordera que rarement, pour de justes sujets, et gratuitement : *In contrahendis matrimoniis vel nulla omninò detur dispensatio, vel rarò, idque ex causâ, et* GRATIS *concedatur; sess.* 14, *cap.* 5, *de Reform. matrim.*

Ce décret du concile de Trente, qui renouvelait l'ancienne discipline sur les dispenses des empêchements de mariage, n'est pas bien observé. On accorde en cour de Rome des dispenses des empêchements de parenté ou d'affinité, pour des causes très légères. On peut dire, pour excuser ce relâchement de discipline, et la facilité qu'on a aujourd'hui d'accorder des dispenses des empêchements de parenté et d'affinité, au moins à l'égard des degrés plus éloignés que celui des cousins germains, que si on était si difficile autrefois pour

accorder ces dispenses, c'est que sur la foi des fausses décrétales, on était persuadé que la défense des mariages dans les degrés de parenté et d'affinité auxquels elle avait été étendue, avait toujours eu lieu dans l'Eglise : le respect qu'on avait pour une discipline qu'on croyait avoir été de tous les temps et de tous les lieux, ne permettait pas de croire qu'on pût facilement s'en écarter et en accorder dispense. Mais la critique ayant depuis découvert la fausseté de ces décrétales, et étant constant aujourd'hui que la défense des mariages au delà du degré des cousins germains n'a commencé à s'introduire que dans le sixième siècle, et que les raisons pour lesquelles ces mariages ont été défendus, sont peu importantes, on a cru qu'on pouvait être facile à accorder des dispenses de la défense de contracter mariage dans ces degrés, en attendant que dans un concile général l'Eglise abroge cette défense.

§ III. *Distinction, à l'égard de la concession des dispenses, entre les mariages qui n'ont pas encore été contractés, et ceux à la célébration desquels les parties ont déjà passé.*

280. Les supérieurs ecclésiastiques doivent faire une grande différence entre les dispenses qu'on leur demande pour contracter un mariage contre les règles de l'Eglise, qui ne l'a pas encore été, et entre celles qu'on leur demande pour valider un mariage qui a été célébré contre les règles de l'Eglise. Ils doivent être très difficiles à accorder la dispense dans le premier cas; car en permettant par leur dispense, de contracter, contre les règles de l'Eglise, un mariage qui ne l'a pas encore été, c'est permettre expressément l'infraction de la règle; c'est l'approuver et l'autoriser expressément. Ils peuvent être plus faciles à accorder dispense pour valider un mariage à la célébration duquel les parties ont déjà passé; car en ce cas, ils ne permettent pas expressément par leur dispense l'infraction de la règle, ils ne l'approuvent pas, ils ne l'autorisent pas comme dans le cas précédent; ils tolèrent seulement l'infraction qui a été faite à la règle, pour éviter un plus grand mal qui résulterait du scandale et des inconvénients que causerait la dissolution du mariage.

C'est sur le fondement de cette distinction que nous avons vu *suprà*, n° 274, qu'on n'accordait pas de dispenses à une femme pour épouser son adultère ou le meurtrier de son mari, dans le cas où les règles de l'Eglise défendent ces mariages; mais que les parties ayant passé à la célébration du mariage, on leur accordait une dispense pour le valider.

281. Dans le cas où les parties ont passé à la célébration d'un mariage contre les règles de l'Eglise, il y a encore une autre distinction importante à faire, qui est de savoir, si c'est par ignorance qu'elles ont célébré ce mariage, ou si c'est avec connaissance de l'infraction qu'elles faisaient aux règles de l'Eglise en le célébrant. On doit être facile à leur accorder la dispense, lorsque c'est par ignorance qu'elles ont célébré le mariage : on doit au contraire être difficile à la leur accorder, lorsqu'elles ont eu connaissance de l'infraction qu'elles commettaient en le célébrant : les parties en ce cas en sont indignes; et d'ailleurs la facilité qu'on aurait à la leur accorder, pourrait porter d'autres personnes à enfreindre exprès la règle, dans la confiance d'en obtenir la dispense. Nous trouvons cette distinction dans le concile de Trente : *Si quis intrà gradus prohibitos scienter matrimonium contrahere præsumpserit, separetur, et spe dispensationis consequendæ careat.... quòd si ignoranter id fecerit.... et ipse solemnitatibus adhibitis impedimentum aliquod posteà subesse cognoscatur, cujus probabilem ignorantiam habuit, tunc faciliùs cum eo, et* GRATIS *dispensari poterit; Sess. 14, cap. 5, de reform. matrim.*

Les parties méritent surtout cette grâce, lorsqu'aussitôt que la connaissance de l'empêchement leur est survenue, elles ont cessé de se connaître charnellement : c'est pourquoi on doit exposer dans la supplique, si depuis cette con-

naissance survenue, les parties ont cessé aussitôt, ou ont continué encore de se connaître charnellement.

282. La première partie du décret du concile de Trente, qui défend d'accorder des dispenses aux parties qui avaient connaissance de l'empêchement, lorsqu'elles ont célébré leur mariage, et qui est en cela conforme à l'ancienne discipline, n'est pas néanmoins exactement observée, et l'on accorde en cour de Rome ces dispenses; mais on exige, pour qu'elles ne soient pas obreptices, que les parties exposent dans leur supplique, qu'elles avaient connaissance de l'empêchement lorsqu'elles se sont mariées, et qu'elles l'ont consommé ayant cette connaissance; et si elles l'ont fait dans la vue d'être plus facilement dispensées.

ART. IV. — Des principales causes qu'on a coutume d'exposer pour obtenir les dispenses des empêchements de parenté et d'affinité, et des dispenses qui s'accordent sans cause.

283. Les principales causes qu'on a coutume d'exposer en cour de Rome pour obtenir dispense des empêchements de parenté et d'affinité, sont, 1° celle qu'on appelle *ob angustiam loci,* lorsqu'une fille expose que si elle était obligée de se marier hors de sa parenté et affinité, elle aurait peine à trouver dans le lieu de sa demeure des personnes de son état qu'elle pût épouser.

284. La seconde est celle qu'on appelle *indotata.*

Et la troisième qu'on appelle *ob incompetentiam dotis*, par laquelle une fille expose qu'elle n'a point de dot à apporter en mariage, ou qu'elle n'a pas de quoi en apporter une suffisante pour supporter les charges d'un mariage avec un homme de son état, et qu'elle courrait risque de ne pas trouver à se marier si on ne lui permettait d'épouser un *tel* son parent, qui veut bien la prendre sans dot, ou avec une dot modique.

285. La quatrième, qu'on appelle *vidua filiis gravata,* est lorsqu'une veuve expose qu'elle est chargée d'enfants, et d'un commerce difficile, qu'elle est obligée de soutenir pour fournir à leur éducation; ce qu'elle ne pourrait faire, si elle ne s'attachait par le mariage à son parent, qui connaît le fond de ce commerce, et dont elle a besoin pour le continuer. On a coutume d'insérer dans cette espèce de dispense cette clause, *postquàm dictus orator caverit se dictis filiis alimenta præstiturum.*

286. La cinquième est celle qu'on appelle *pro oratrice excedente vigesimumquartum annum*, par laquelle une fille expose qu'ayant déjà passé un tel âge (qui doit au moins excéder 24 ans) sans pouvoir trouver à se marier, elle courrait risque de ne pas trouver, si on ne lui permettait d'épouser un *tel.*

287. La sixième cause est celle par laquelle une fille expose qu'il y a dans son pays beaucoup d'hérétiques cachés, et que si on ne lui permettait pas d'épouser un *tel* son cousin, dont l'orthodoxie lui est connue, elle courrait risque d'épouser un hérétique caché, qui pourrait la pervertir.

Ce serait pareillement une juste cause d'obtenir dispense, si les parties exposaient que dans le lieu de leur demeure, la corruption des mœurs est si grande, et le nombre des personnes qui mènent une vie chrétienne, si petit, que si on ne leur permettait pas de se marier ensemble, elles auraient de la peine à trouver dans le lieu à s'allier à d'autres personnes de leur état, avec lesquelles elles pussent s'accorder à mener ensemble une vie chrétienne et éloignée des compagnies mondaines, et à donner une éducation chrétienne à leurs enfants. Des dispenses accordées pour cette cause sont très légitimes, pourvu que les parties, en les obtenant sur cet exposé, aient eu une véritable intention de mener cette vie chrétienne.

288. La septième cause est celle par laquelle les parties exposent que la

violence de leur passion, et non pas le dessein d'obtenir plus facilement dispense, les a portées à avoir habitude ensemble, et qu'il n'y a que le mariage qui puisse réparer l'honneur de la fille, et prévenir le scandale.

Lorsque les parties n'ont pas eu l'habitude ensemble, on expose seulement qu'elles ont une violente passion l'une pour l'autre, et que les occasions fréquentes qu'elles ont de se rencontrer, les exposent à un grand danger de succomber à la tentation, si on ne leur permet pas de se marier ensemble.

289. Il y a encore plusieurs autres causes de dispenses, telles que celle de terminer des procès considérables; celle de conserver les biens d'une famille illustre [1], etc.

290. On accorde quelquefois des dispenses d'empêchement de parenté ou d'affinité, sans que les parties aient exposé dans leur supplique aucune cause pour les obtenir. Les canonistes, pour autoriser ces dispenses, disent que le bon usage qui est fait des sommes qu'on donne pour les obtenir, est une cause pour les accorder.

Cela ne s'accorde guère avec le concile de Trente, qui ordonne que les dispenses ne pourront s'accorder que pour une juste cause, et gratuitement, *rarò, idque ex causâ, et gratis concedatur :* et si, suivant le concile de Trente, il n'est pas permis au Pape d'accorder des dispenses sans une juste cause, les parties qui les obtiennent, peuvent-elles dans le for de la conscience s'en servir [2] ?

Ajoutez que la supplique sur laquelle sont obtenues ces dispenses *sans cause,* n'expriment à la vérité aucune cause déterminée pour laquelle la dispense est demandée; et qu'au lieu de cela, selon le style de Rome, il y est dit en termes vagues, que les parties demandent la dispense *ex certis rationalibus causis eorum animos moventibus.* Cet exposé suppose que les parties ont effectivement quelque sujet raisonnable de dispense. La dispense qui leur est accordée sur cet exposé, leur est accordée dans cette supposition : mais si cette supposition est fausse, si dans la vérité les parties n'avaient aucune cause pour demander la dispense, cette dispense demandée et accordée sur une fausse supposition, peut-elle être valable dans le for de la conscience?

Lorsque les parties se sont mariées en exécution de cette dispense, qui n'a de vice que dans le for de la conscience, l'impossibilité en laquelle elles sont de rompre leur mariage, devient un juste sujet de dispense pour ce mariage, même dans le for de la conscience. Ainsi les parties sont seulement en ce cas obligées à expier par des œuvres satisfactoires la faute qu'elles ont commise.

ART. V. — De la forme des dispenses, et de ce que doit contenir la supplique pour les obtenir.

§ Ier. *De la forme des dispenses.*

291. Les dispenses des empêchements de mariage qu'on obtient en cour de Rome pour pouvoir célébrer le mariage, s'expédient à la Daterie, *in formâ commissoriâ.* Cette forme est ainsi appelée, parce que sur la supplique qui est présentée au Pape par les parties, on leur expédie en la Daterie un acte par lequel le Pape commet et délègue l'official du diocèse des parties pour leur

---

[1] La plupart des causes indiquées par Pothier pourraient encore être alléguées aujourd'hui, c'est à l'autorité supérieure à en faire l'appréciation.

[2] Pothier a grandement raison de blamer ces concessions de dispenses sans juste cause, et les rétributions à payer pour les obtenir, rien n'est plus immoral qu'une espèce d'impôt en pareille matière. Riches ou pauvres doivent obtenir gratuitement dispenses, s'il y a cause *grave*, et elles doivent être refusées à tous si cette cause grave n'existe pas.

accorder la dispense demandée, *si preces veritate nitantur;* c'est-à-dire, si après information faite, il reconnaît que les faits exposés par la supplique des parties, sont véritables. Pour cet effet, la supplique est transcrite en entier dans les lettres.

De là il résulte que ces expéditions de dispenses ne sont pas proprement la dispense, mais seulement un pouvoir ou une procuration que le Pape donne à l'official à qui ces expéditions sont adressées, pour accorder la dispense.

Lorsqu'il y a plusieurs officiaux, l'expédition est censée adressée à l'official diocésain du territoire des parties.

Lorsque les parties sont de différents diocèses, c'est ordinairement à l'official du diocèse de la femme que l'expédition est adressée [1].

202. Cet official est délégué en sa qualité d'official; c'est pourquoi, en cas de mort ou de destitution, le pouvoir passe de plein droit à son successeur, et même à l'official du chapitre, *sede vacante.*

Par la même raison, le pouvoir accordé par le bref, ne s'éteint pas par la mort du Pape survenue avant la fulmination, parce que ce n'est pas en son propre nom, mais en son nom de Pape qu'il l'a accordé. C'est la décision de Boniface VIII, *cap. Si super, 9, de offic. et pot. jud. deleg. in sexto.*

203. Lorsque les parties n'ont ni l'une ni l'autre le moyen de payer la somme portée au tarif de la Daterie pour les lettres de dispenses, sur l'exposé

---

[1] Arrêté du 20 prairial an XI : « Art. 1er Les dispenses pour se ma- « rier avant dix-huit ans révolus pour « les hommes et quinze ans révolus « pour les femmes, et celles pour se « marier dans les degrés prohibés par « l'art. 164, C. civ., seront délivrées « par le gouvernement, sur le rapport « du ministre de la justice.

« Art. 2. (Le procureur du roi près « le tribunal de première instance) de « l'arrondissement dans lequel les im- « pétrants se proposent de célébrer le « mariage, lorsqu'il s'agira de dispen- « ses dans les degrés prohibés, ou de « l'arrondissement dans lequel l'impé- « trant a son domicile, lorsqu'il s'agira « de dispense d'âge, mettra son avis « au pied de la pétition tendant à ob- « tenir ces dispenses, et elle sera en- « suite adressée au ministre de la jus- « tice.

« Art. 3. Les dispenses de la seconde « publication de bans dont est mention « dans l'art. 169, seront accordées, s'il « y a lieu, au nom du gouvernement, « (par le procureur du roi près le tri- « bunal de première instance) dans l'ar- « rondissement duquel les impétrants « se proposent de célébrer leur ma- « riage, et il sera rendu compte (par le « procureur du roi) au ministre de la « justice des causes graves qui auront « donné lieu à chacune de ces dispen- « ses. »

« Art. 4. La dispense d'une seconde « publication de bans sera déposée au « secrétariat de la commune où le ma- « riage sera célébré. Le secrétaire en « délivrera une expédition, dans la- « quelle il sera fait mention du dépôt, « et qui demeurera annexée à l'acte « de célébration du mariage.

« Art. 5. L'arrêté du gouvernement « portant la dispense d'âge ou celle « dans les degrés prohibés sera, à la « diligence (du procureur du roi), et en « vertu d'ordonnance du président, en- « registrée au greffe du tribunal civil « de l'arrondissement dans lequel le « mariage sera célébré. Une expédi- « tion de cet arrêté, dans laquelle il « sera fait mention de l'enregistrement, « demeurera annexée à l'acte de célé- « bration de mariage. »

Il sera perçu sur les dispenses d'âge pour mariages un droit de sceau de cent francs, et un droit d'enregistrement de vingt francs; mais les lettres de dispenses délivrées aux personnes reconnues indigentes le sont *gratis.* (L. 28 avril 1816, art. 55, L. 15 mai 1818, art. 77.)

Il nous semble que tout devrait être délivré *gratis.* Ce n'est point, même pour les riches, une matière imposable.

qu'elles font de leur pauvreté, et sur le certificat qu'elles doivent rapporter de leurs curés qui attestent qu'elles sont pauvres l'une et l'autre, et qu'elles ne vivent que de leur travail, on leur expédie les dispenses *in formâ pauperum*, en insérant dans ces dispenses ces termes, *qui pauperes et miserabiles existunt, et ex labore et industriâ suâ tantùm vivunt*, ce qui leur évite le paiement de la somme portée au tarif de la Daterie.

294. Il nous reste à observer sur la forme des dispenses, que, lorsque les parties ont plusieurs empêchements dirimants, la dispense en doit être accordée par les mêmes lettres. Par exemple, si les parties étaient cousins au quatrième degré, et qu'outre cela l'une des parties fût le parrain de l'autre, la dispense de la consanguinité et celle de la parenté spirituelle devraient être accordées par les mêmes lettres. Si les dispenses de ces deux espèces d'empêchements étaient accordées par des lettres séparées, elles seraient nulles; ce serait une obreption faite au Pape, qui eût pu être plus difficile à les accorder, s'il eût su le concours des deux empêchements.

295. A l'égard des dispenses qui s'obtiennent de quelque empêchement secret, pour valider dans le for de la conscience un mariage qui a déjà été célébré, elles s'expédient par un bref de la Pénitencerie, adressé à un prêtre approuvé que les parties auront choisi pour leur confesseur.

Ces dispenses n'ont d'effet que pour le for de la conscience, et elles ne peuvent valider le mariage pour le for extérieur, dans le cas auquel l'empêchement secret viendrait à être découvert. Il n'en doit pas même rester de vestiges; et le confesseur à qui elles sont adressées, doit, après qu'il en a fait usage, les déchirer.

§ II. *De ce que doit contenir la supplique.*

296. La supplique qu'on présente pour obtenir à la Daterie des dispenses de quelque empêchement de mariage, doit contenir les noms des personnes pour lesquelles la dispense est demandée.

Lorsque la dispense est demandée par un empêchement qui est particulier à l'une des parties qui se proposent de contracter mariage ensemble, tel qu'est celui du sous-diaconat; comme il n'y a en ce cas que cette partie qui a besoin de dispense, il suffit que la supplique contienne son nom : il n'est pas nécessaire qu'elle contienne celui de la personne qu'elle veut épouser. Mais lorsque l'empêchement est commun aux deux parties, tels que sont ceux de parenté et d'affinité naturelle et spirituelle, la supplique doit contenir les noms des deux parties; car la dispense doit être accordée aux deux parties; et le mariage ne pourrait pas être valablement contracté, si la dispense n'était accordée qu'à l'une d'elles.

297. Au reste, la dispense est valablement accordée aux personnes nommées dans la supplique, quand même ces personnes n'auraient pas donné ordre de les obtenir : par exemple, si j'ai avec une fille que je veux épouser, un empêchement d'affinité résultant d'un commerce illégitime que j'ai eu avec la mère de cette fille, dont elle n'a pas de connaissance, je puis, sans sa participation et à son insu, obtenir en mon nom et au sien des dispenses de cet empêchement.

298. La supplique doit contenir l'espèce de l'empêchement dont on demande la dispense, et la cause pour laquelle elle est demandée.

Si la supplique énonçait une autre espèce d'empêchement que celui qui se rencontre dans les parties, les dispenses accordées sur cette supplique seraient nulles.

Cela aurait-il lieu dans le cas auquel l'empêchement énoncé dans la supplique, serait plus considérable que celui qui se rencontre effectivement dans les parties; *putà*, si on avait énoncé par la supplique que les parties sont parentes

à un tel degré, quoiqu'elles ne soient qu'affins à ce degré? Il pourrait sembler que la dispense ayant été accordée par un empêchement de parenté, qui est plus considérable que celui d'affinité, elle est censée, *à fortiori*, accordée pour l'empêchement d'affinité qui se rencontre dans les parties. Néanmoins Corradus, dans sa *Pratique des Dispenses*, dont Van-Espen rapporte le sentiment, décide que la dispense est nulle : les parties, dans ce cas, en obtenant une dispense de parenté, ont obtenu une dispense dont elles n'avaient pas besoin pour un empêchement qu'elles n'avaient pas, et elles n'ont pas obtenu la dispense de l'empêchement de l'affinité qui se rencontre en elles. On dira que la parenté étant un empêchement plus considérable que celui d'affinité, si le Pape a bien voulu accorder la dispense pour l'empêchement de parenté, à plus forte raison il aurait voulu l'accorder pour l'empêchement d'affinité. La réponse est, que pour qu'il y ait une dispense, il ne suffit pas de dire que le Pape aurait bien voulu l'accorder; il faut qu'il ait voulu effectivement l'accorder : on ne peut pas dire dans ce cas qu'il a voulu l'accorder, puisque ce n'est pas la dispense pour cet empêchement qui lui a été demandée.

299. Il ne suffit pas que la supplique exprime que les parties demandent dispense pour un empêchement de parenté ou d'affinité; il faut que le degré de parenté ou d'affinité soit exprimé par la supplique, parce que les dispenses s'accordent plus ou moins facilement, selon que le degré est plus éloigné ou plus prochain.

En cas d'inégalité de degré, comme lorsque la parenté est du deux au trois, telle qu'elle est entre la fille de mon cousin germain et moi, il suffit, suivant la constitution de Pie V, d'exprimer par la supplique le degré le plus éloigné, suivant cette règle des canonistes : *In lineâ inæquali quoto gradu remotior persona distat à communi stipite, tot gradibus cognati distant inter se.*

Pie V excepte le cas auquel on demanderait dispense pour le mariage d'un oncle avec sa nièce, ou avec sa petite-nièce, pour lequel il ne se contente pas qu'il soit dit par la supplique que les parties sont parentes au second degré; ou si c'est une petite-nièce, qu'elles sont parentes au troisième degré; mais il veut qu'en ce cas la supplique exprime que les parties sont l'*oncle et la nièce*, l'empêchement entre ces personnes étant infiniment plus considérable que celui des cousins.

Si l'on n'avait pas exprimé dans la supplique que les parties sont l'oncle et la nièce, et qu'on se fût contenté de déclarer qu'elles étaient parentes au second degré, ce défaut dans la supplique devrait empêcher l'official de fulminer les dispenses; mais s'il avait passé par-dessus ce défaut, et fulminé les dispenses, et que les parties eussent en conséquence célébré de bonne foi le mariage, on ne devrait pas être reçu à l'attaquer sur le défaut de la supplique. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du 15 mars 1672, rapporté par d'Héricourt (3e part., ch. 5, art. 3, n° 16), dans l'espèce d'un appel comme d'abus interjeté par des parents, de la fulmination des dispenses obtenues pour le mariage d'un oncle avec sa petite-nièce, sur une supplique qui exposait seulement que les parties étaient parentes au troisième degré, et de la célébration du mariage qui avait suivi. L'arrêt jugea qu'il n'y avait abus.

300. Lorsqu'il y a deux parentés entre les parties, il ne suffit pas qu'il soit dit dans la supplique, que les parties sont parentes à un tel degré; il faut exprimer les deux parentés par la supplique : car les deux parentés forment deux empêchements. Il ne suffit pas d'avoir dispense de l'un de ces empêchements, il faut l'avoir des deux; et pour avoir dispense des deux, il faut la demander pour les deux, et par conséquent exposer les deux parentés dans la supplique.

L'auteur des *Conférences de Paris* rapporte un arrêt du 6 août 1609, qui déclara abusives des dispenses accordées à un cousin germain et une cousine

germaine; parce que les parties n'avaient pas expliqué qu'elles l'étaient tant du côté paternel que du côté maternel.

Je ne crois pas que la Cour usât de la même rigueur, si la parenté était dans un degré plus éloigné, et les dispenses fulminées, et le mariage célébré en conséquence.

Ce principe, que lorsqu'il y a deux empêchements, on doit exposer les deux, souffre exception lorsque celui qui a été exposé suppose l'autre. Par exemple, j'ai contracté des fiançailles avec une femme; il en résulte un empêchement d'honnêteté publique avec les sœurs de cette femme, si je voulais par la suite épouser quelqu'une d'elles. J'ai ensuite contracté mariage avec cette même femme, et j'ai consommé le mariage : il en résulte un autre empêchement, qui est celui d'affinité au premier degré. Si après la mort de ma femme, je veux épouser une de ses sœurs, il faut que nous exposions l'empêchement d'affinité au premier degré, qui résulte de mon mariage avec ma femme. Il n'est pas nécessaire d'exposer aussi celui qui résulte des fiançailles avec elle; car celui d'affinité que nous avons exposé, le suppose et le contient *eminenter.*

301. Enfin, lorsque les parties qui ont eu commerce charnel ensemble, demandent des dispenses de parenté ou d'affinité, leur supplique doit contenir l'aveu de ce commerce; et si elles l'ont eu ayant connaissance de leur parenté ou affinité, ou n'en ayant pas connaissance; comme aussi si elles l'ont eu dans la vue d'obtenir plus facilement dispense, ou sans cette vue. C'est ce que Pie V a ordonné par sa bulle, sous la peine que l'omission de l'aveu de ce commerce, ou même seulement des circonstances de ce commerce, rendrait la dispense obreptice et nulle.

Pirrus-Corradus, dans son *Traité des Dispenses*, ajoute que si le commerce charnel n'était intervenu que depuis l'expédition en cour de Rome, mais avant la fulmination, ce commerce rendrait nulle la dispense, et empêcherait qu'elle ne pût être valablement fulminée, parce que le Pape n'a donné pouvoir de dispenser à l'official à qui elle est adressée, que sous la condition que l'exposé de la supplique se trouvera véritable au temps de la fulmination : *Si itâ est, dispensa;* or l'exposé de la supplique, qui supposait que les parties s'étaient comportées sagement, en ne faisant mention d'aucun commerce charnel intervenu, quoiqu'il fût véritable au temps de la supplique, se trouve ne l'être plus au temps où il est question d'accorder et de fulminer la dispense; et par conséquent la condition sous laquelle le pouvoir en avait été accordé à l'official, se trouve défaillir.

Dans tous ces cas, il faut se pourvoir en cour de Rome, pour, sur un nouvel exposé véritable, y obtenir de nouvelles lettres qui valident la dispense, et qu'on appelle lettres de *perindè valere.*

Decombes, dans son *Traité des Officialités*, dit, que suivant l'usage de France, il suffit dans ces cas de s'adresser à l'évêque, qui, sur l'exposé de la requête à lui présentée, permet de se servir de la dispense, nonobstant ces omissions, surtout lorsque le délai nécessaire pour envoyer de nouveau à Rome pourrait causer quelque scandale ou quelque inconvénient.

Le commerce charnel intervenu depuis la fulmination des dispenses, quoiqu'il soit un grand péché, n'y donne aucune atteinte, et n'oblige point à obtenir des confirmations de dispense [1].

§ III. *De la fulmination des dispenses.*

302. La *fulmination de la dispense* est une sentence par laquelle l'official à qui elle est adressée, après information par lui faite de la vérité des faits ex-

[1] L'arrêté du gouvernement, rapporté dans la note précédente, indique la marche à suivre actuellement, et rend à peu près *inutile* tout ce que dit ici Pothier, ainsi que le paragraphe suivant.

posés par la supplique des parties, ordonne qu'elles jouiront de l'effet de la dispense, et leur permet en conséquence de se marier ensemble.

C'est cette sentence de fulmination qui contient proprement la concession de la dispense. Les lettres de dispense expédiées en cour de Rome, ne contiennent proprement qu'une commission et un pouvoir attribué par le pape à l'official à qui elles sont adressées, d'accorder la dispense, après qu'il se sera juridiquement assuré de la vérité des faits exposés par la supplique, comme nous l'avons vu en l'article précédent. C'est donc par la sentence de fulmination que cet official accorde la dispense, non de sa propre autorité, mais de l'autorité du Pape, qui lui est pour cet effet déléguée par les lettres de dispense.

303. Pour parvenir à cette fulmination, les parties présentent leurs lettres de dispenses à l'official à qui elles sont adressées, avec une requête pour procéder à la fulmination. L'official met au bas de la requête une ordonnance par laquelle il accepte la commission, et ordonne de la communiquer au promoteur. Sur les conclusions du promoteur, il fait subir interrogatoire aux parties sur la vérité des faits exposés dans la supplique, et procède à l'audition des témoins, qui peuvent être les parents des parties. Enfin, après le tout communiqué au promoteur, qui donne ses conclusions, il fulmine les dispenses, ou il en déboute.

304. Lorsque l'official, par son information, reconnaît que le fait exposé par la supplique est faux, la dispense obtenue sur cet exposé, étant en ce cas *obreptice* et nulle, il ne doit pas la fulminer, mais il en doit débouter les parties. Il faut néanmoins distinguer si la fausseté qui se trouve dans la supplique, tombe sur quelque chose d'essentiel, ou sur quelque chose d'indifférent. La fausseté tombe sur quelque chose d'essentiel, lorsqu'elle tombe sur la qualité de l'empêchement; comme lorsqu'il est dit « que les suppliants sont parents au quatrième degré, » et qu'ils le sont au troisième; ou lorsque la fausseté tombe sur le fond de la cause pour laquelle la dispense est demandée, et la détruit; comme s'il était dit « que les parties ont eu commerce charnel ensemble, » et que le fait fût faux; s'il était dit « qu'une fille a déjà passé vingt-quatre ans sans avoir trouvé à se marier, » et qu'elle n'en eût que vingt-deux ou vingt-trois. Dans tous ces cas, la dispense serait *obreptice*, et l'official ne devrait pas la fulminer.

Il n'importe, à cet égard, que ce qu'il y a de faux dans la supplique, y ait été mis avec la participation des parties, ou à leur insu.

Il n'importe pareillement que l'exposé fût déjà faux lors de l'impétration de la dispense en cour de Rome, ou qu'il ne soit devenu faux que depuis, avant la fulmination de la dispense; comme si l'on a exposé « qu'une fille était sans biens, *indotata,* » ce qui était vrai alors, et que depuis, lui étant survenu une riche succession avant la fulmination de la dispense, l'exposé soit devenu faux, l'official, à qui le pouvoir n'est accordé que *si ità est*, ne doit pas la fulminer. Mais si la succession n'était échue que depuis la fulmination, cela ne donnerait aucune atteinte à la dispense, qui a été légitimement obtenue, et *à fortiori*, si elle n'était échue que depuis le mariage.

Contrà, vice versâ, si l'exposé était faux lors de l'impétration; *putà*, que la fille qui s'est dite *indotata*, eût alors un bien convenable, quoique depuis, l'exposé serait devenu vrai, cette fille ayant perdu tout son bien; la dispense obtenue sur un exposé qui était alors faux, n'en demeure pas moins nulle et *obreptice*, et ne doit pas être fulminée.

Lorsque la fausseté qui se trouve dans la supplique, ne tombe que sur quelque chose d'indifférent, cela ne doit point empêcher l'official de fulminer la dispense; comme s'il était exposé « qu'une fille a trente-cinq ans passés sans avoir trouvé à se marier, » et qu'elle n'en eût que trente-quatre : car dans un âge aussi avancé, pour porter le Pape à accorder la dispense, il est indifférent que la fille ait une année de plus ou de moins.

Lorsque dans la supplique il s'est glissé quelque erreur sur les noms de l'une des parties ; si cette partie est d'ailleurs suffisamment désignée, cette erreur ne doit pas empêcher la fulmination de la dispense.

Lorsque la supplique ne contient rien qui ne soit vrai, la dispense n'est pas *obreptice* : mais si elle ne contient pas tout ce qui devait y être exposé (V. *suprà*, n°s 296 et suiv.), elle est en ce cas *subreptice*, et elle ne doit pas être fulminée.

305. Lorsque la dispense étant *obreptice* ou *subreptice*, ne peut être fulminée, il fallait autrefois se pourvoir à Rome pour en obtenir de nouvelles ; mais l'auteur des *Conférences de Paris* nous apprend que l'usage est aujourd'hui en France, qu'on se pourvoit en ce cas devant l'évêque, qui dispense de ce qui manque à celle du Pape, et permet en conséquence à son official, à qui elle est adressée, de la fulminer.

La raison qu'il en donne, est qu'un bref de dispense adressé à l'official du diocèse des parties, n'est pas regardé comme purement attributif, tel qu'un bref qui serait adressé à un évêque pour quelque affaire de personnes qui ne sont pas de son diocèse. Dans ces brefs purement attributifs, le délégué doit se renfermer dans les bornes du mandat ; il ne peut en aucune manière *egredi fines mandati*. Mais le bref de dispense que le Pape adresse à l'official du diocèse des parties, est plutôt excitatif que simplement attributif ; c'est-à-dire que le pape, en renvoyant le pouvoir d'accorder la dispense à l'official de l'ordinaire, excite, ressuscite, et rend en quelque façon à l'ordinaire, pour le cas présent, le pouvoir que cet évêque, en qualité d'évêque et d'ordinaire, avait d'accorder la dispense, et qu'il avait laissé éteindre par la prescription. Cet évêque étant donc, pour le cas présent, rétabli dans son pouvoir, il peut, dans ce cas, dispenser et suppléer à ce qui manque à la dispense du Pape..

§ II. *De l'erreur sur la qualité de la personne.*

310. Lorsque l'erreur ne tombe que sur quelque qualité de la personne, cette erreur ne détruit pas le consentement nécessaire pour le mariage, et n'empêche pas par conséquent le mariage d'être valable.

Par exemple, si j'ai épousé Marie, la croyant noble, quoiqu'elle soit de la plus basse roture; ou la croyant vertueuse, quoiqu'elle se fût prostituée; ou la croyant de bonne renommée, quoiqu'elle ait été flétrie par justice; dans tous ces cas, le mariage que j'ai contracté avec elle, ne laisse pas d'être valable nonobstant l'erreur dans laquelle j'ai été à son sujet.

En vain opposerait-on que je n'eusse pas voulu épouser Marie, si j'eusse su ce que j'ignorais sur son compte : car, pour que le mariage que j'ai contracté avec elle soit valable, il n'est pas nécessaire que j'eusse voulu l'épouser, si j'avais eu connaissance de ce que j'ai depuis découvert; il suffit que j'aie effectivement voulu l'épouser : or l'erreur en laquelle j'ai été, n'empêche pas que je n'aie voulu effectivement l'épouser : elle ne détruit pas le consentement que j'ai effectivement donné à mon mariage avec Marie; et le mariage ayant été une fois contracté par mon consentement, son caractère d'indissolubilité rend le consentement que j'y ai donné, irrétractable, et non sujet à rescision. C'est pourquoi, quand même ce serait par le dol de Marie que j'aurais été induit dans l'erreur en laquelle j'ai été sur son compte, je ne serais pas recevable à demander, pour raison de ce dol, la rescision de mon mariage.

L'erreur qui ne tombe que sur la qualité de la personne, est donc bien différente de celle qui tombe sur la personne même. Celle-ci est incompatible avec ce qui est de l'essence du mariage : car il est de l'essence du mariage, qu'il y ait un homme et une femme qui veuillent l'un et l'autre s'épouser; ce qui ne se trouve pas, lorsque la femme que je parais épouser, n'est pas celle que je veux épouser; mais il n'est pas de même de l'essence du mariage, que la femme que j'épouse ait les qualités que je crois qu'elle a; il suffit que ce soit celle que j'aie voulu épouser [1].

---

[1] Il paraît résulter de cet alinéa que Pothier n'admet la nullité du mariage, pour cause d'erreur, que dans le cas d'erreur sur la personne *physique*, et que, sauf le cas de condition servile dont il parle dans l'alinéa suivant; l'erreur sur l'état civil de la personne, ou si l'on veut sur la personne civile, ne serait point une cause suffisante pour déclarer le mariage nul, lors même que ce serait le dol du conjoint qui aurait produit cette erreur. Son principal motif est : *le consentement que j'ai,* dit-il, *effectivement donné à mon mariage, et le mariage ayant été une fois contracté par mon consentement, son caractère d'indissolubilité rend le consentement que j'y ai donné irrétractable et non sujet à rescision.*

Cette doctrine ne nous paraît point admissible; et d'abord, l'indissolubilité du mariage, l'irrétractabilité du consentement, ne font rien à la question : il s'agit en effet, non pas de dissoudre le mariage, mais de décider s'il y a réellement mariage; il ne s'agit point de rétracter le consentement, mais de vérifier s'il y a eu réellement consentement valable.

Pothier affirme que le consentement a été effectivement donné : n'est-ce pas une pétition de principe?

Ne prenons pas le mariage dans le simple état de nature, ne le considérons pas purement comme l'union de deux corps; mais tel qu'il est dans la société actuelle, c'est-à-dire comme l'a défini Pothier : « Un contrat revêtu des formes que les lois ont prescrites, par lequel un homme et une femme, habiles à faire ensemble ce contrat, s'engagent réciproquement l'un envers l'autre à demeurer toute leur vie ensemble dans l'union qui doit être entre un époux et une épouse. » N'est-il pas évident que la personne civile est une cause aussi déterminante de mon consentement que la personne physique?

Je crois épouser *telle* personne, membre de *telle* famille honorable;

511. Le principe, que l'erreur qui ne tombe que sur la qualité de la personne, n'est pas un obstacle à la validité du mariage, a reçu une exception à l'égard de la condition de servitude.

Justinien, par sa Novelle 22, décide que le mariage que je contracte avec une femme esclave, que je crois libre, est nul de plein droit : *Si ab initio putaverit aliquis liberæ jungi personæ, illa verò posteà famula declaretur existens, non dicimus solvi matrimonium, sed ab initio neque matrimonium fieri, etc.* Nov. 22, cap. 10.

Les canons ont pareillement décidé que si j'ai épousé une femme que je croyais libre, et qui était esclave, cette erreur rend le mariage nul ; et on doit me permettre de la quitter et d'en épouser une autre, à moins que je n'eusse consenti à la retenir pour ma femme, depuis que j'ai su qu'elle était esclave. Il en est de même du cas auquel une femme aurait épousé un homme qu'elle croyait libre, et qui était esclave : *Si quis ingenuus homo uxorem ancillam alterius acceperit, et existimat quòd ingenua sit, si ipsa fœmina fuerit posteà in servitute detecta, si eam à servitute redimere potest, faciat ; si non potest, si voluerit, aliam accipiat...... Similiter et mulier ingenua de servo alterius facere potest.* Can. *Si quis*, 4, caus. 29, qu. 3.

Le concile de Compiègne, tenu l'an 757, dit au canon 5 : *Si francus homo accepit mulierem, et sperat (id est, existimat) quòd ingenua sit, et posteà invenit quòd non est ingenua, dimittat eam si vult, et accipiat aliam : similiter si fœmina ingenua accepit servum, nec sciebat tunc quòd servus esset, habeat interim quò vivit, una lex erit et de viris et fœminis.*

Innocent III, dans sa décrétale, qui est au chap. dern., Extr. *de Conjug. serv.*, décide à l'égard d'un soldat qui avait épousé une femme esclave, qu'il croyait être de condition libre, que si depuis qu'il a reconnu l'état de cette femme, il n'a pas consenti à l'avoir pour sa femme, *si postquàm intellexit conditionem ipsius, nec facto nec verbo consenserit in eamdem*, on peut lui permettre de la quitter, et d'en épouser une autre. Le pape ne l'oblige pas, comme fait le canon *Si quis*, à racheter cette femme, s'il est possible ; car l'homme, par ce mariage qui est nul, n'a contracté aucune obligation envers cette femme qui l'a trompé; *Quod nullum est, nullum producit effectùm ;* et ce qui est dit à cet égard dans le canon *Si quis*, ne doit passer que pour un conseil de charité.

Alexandre III et Urbain III, dans leurs décrétales, cap. 2 et 3, Extr. *eod. tit.*, supposent le même principe, que l'erreur sur la condition d'une per-

---

mais une prostituée, flétrie par la justice, m'a, par ses manœuvres frauduleuses, et à l'aide de faux titres, fait croire qu'elle était elle-même la personne que j'avais en vue ; et le mariage que j'aurais contracté dans de telles circonstances serait valable ! ! Cela n'est pas possible, cela serait immoral. Mon consentement n'est que le fruit de l'erreur; *qui errant consentire non videntur*. A quoi bon faire un article relatif à l'erreur sur la personne s'il ne s'agit que de la substitution d'une personne à une autre ? Croit-on sérieusement que l'exemple de Jacob et de Lia se renouvelle tous les jours : et qui pourrait avoir du doute sur la nullité de ce prétendu mariage ?

Pourquoi l'art. 181 fixe-t-il le délai de l'action à partir de la découverte de l'erreur et non pas à partir de la célébration du mariage, si ce n'est parce qu'il s'agit d'une erreur qui peut ne pas se découvrir immédiatement, ce qui évidemment ne se rencontre que dans le cas d'une erreur autre que celle sur la personne physique : Dès le matin Jacob porta ses plaintes à Laban : *Facto mane vidit Liam : et dixit ad socerum suum : Quid est quod facere voluisti ?*

Que peut-on attendre, que peut-on espérer d'une telle union ? Tout commande de déclarer le mariage nul. *V.* art. 181, C. civ., ci-dessus, p. 133, note 1.

sonne esclave qu'on épouse dans la croyance qu'elle est libre, rend nul le mariage.

312. La servitude étant depuis très longtemps abolie en France, ces canons ne peuvent plus y recevoir d'application. Il est vrai qu'il y a encore dans quelques provinces de France, telles que le Nivernais, le Bourbonnais, la Bourgogne, des personnes qu'on appelle *serfs*; mais elles n'ont ce nom que par rapport à certains devoirs, à certains services ou corvées, auxquels elles sont sujettes envers leurs seigneurs. Elles sont d'ailleurs personnes libres, et elles ont même l'état et les droits de citoyens. C'est pourquoi si j'épouse une personne de cette condition, que je crois être de condition franche, mon erreur sur sa condition ne rend pas plus nul le mariage, que l'erreur sur toutes les autres qualités des personnes.

313. Il y a plus de difficulté à l'égard de l'erreur sur l'état civil d'une personne; comme si une femme épousait un homme qu'elle croyait jouir de son état civil, et qui est mort civilement par un jugement qui l'a banni à perpétuité hors du royaume, ou qui l'a condamné aux galères à perpétuité, d'où il s'est évadé. Cette erreur a beaucoup de ressemblance avec l'erreur sur la condition de servitude. En épousant une personne morte civilement, que je crois jouir de son état civil, le mariage que j'ai intention et volonté de contracter, est un mariage qui a les effets civils, qui ne peut se contracter avec une personne morte civilement, de même qu'il ne pouvait se contracter avec un esclave [1].

Néanmoins il n'y a ni loi ni canon qui déclare nul le mariage contracté par cette espèce d'erreur : au contraire, il y a des arrêts qui ont déclaré valides des mariages avec des personnes dont on ignorait le bannissement. *Voyez Dict. des arrêts.* L'auteur des conférences de Paris, tome 2, cite une sentence de l'officialité de Paris, qui donne congé de la demande d'une femme en cassation du mariage par elle contracté avec un condamné aux galères perpétuelles, qui s'était sauvé des galères, et dont elle ignorait l'état; et un arrêt du parlement de 1700, qui casse un mariage que cette femme avait contracté du vivant de ce galérien.

314. Si l'erreur qui ne tombe que sur les qualités de la personne, n'empêche pas la validité du mariage, à plus forte raison l'erreur dans laquelle on serait tombé sur le nom de la personne, lorsque la personne est d'ailleurs certaine, ne doit être d'aucune considération. La règle, *Nil facit error nominis, quum de personâ constat*, est une règle qui peut s'appliquer à toutes sortes de matières.

ART. II. — De la violence et de la séduction.

315. Il y a un consentement dans celui qui fait quelque chose par contrainte, quelque grande que soit la violence qu'on emploie pour l'y contraindre; car il s'y détermine par un acte réfléchi de sa volonté. Il préfère de faire ce qu'on le contraint de faire, plutôt que de s'exposer au mal dont on le menace, s'il ne le fait pas: il veut donc le faire; car *qui mavult, vult.* C'est pourquoi les jurisconsultes disent : *Coacta voluntas, voluntas est; volui, quia coactus volui*; L. 21, § 5, ff. *Quod met.*

Il y a dans celui qui contracte un mariage qu'on le contraint de contracter, une espèce de volonté de le contracter; il donne une espèce de consentement à ce mariage. Mais ce consentement est un consentement imparfait, qui n'est

---

[1] Le mort civilement est incapable de contracter un mariage valable (art. 25, C. civ.). « Il est incapable de « contracter un mariage qui produise « aucun effet civil. — Le mariage qu'il « avait contracté précédemment, est « dissous, quant à tous les effets ci- « vils. »

que l'effet de la contrainte, et qui concourt avec une volonté contraire qu'il a de ne le pas contracter, s'il n'y était pas contraint. Ce consentement imparfait que donne au mariage celui qu'on contraint par violence à le contracter, n'est pas suffisant pour le contracter valablement.

Le consentement nécessaire pour la validité du mariage, est un consentement parfait, un consentement libre et spontané, qui est incompatible avec la violence qu'on emploierait pour l'extorquer, suivant cette règle de droit, *Nihil tam contrarium est consensui, quàm vis et metus*[1]; L. 116, ff. *de Reg. jur.*

316. Toute espèce de contrainte néanmoins n'est pas suffisante pour être censée détruire le consentement, et pour faire déclarer nul un mariage qu'une personne prétend avoir contracté par contrainte.

Il faut que la violence qu'on a exercée contre lui soit une violence considérable, capable de faire impression sur une personne qui a quelque fermeté d'esprit : *Si talis metus inveniatur illatus, qui potuit cadere in constantem virum;* cap. 28, Extr. *de Sponsal.*

Il faut que ce soit *vis atrox et adversùs bonos mores;* L. 3, § 1, ff. *Quod met. caus.*

1° Il faut que ce soit *vis atrox;* c'est-à-dire qu'il faut que ce soit un grand mal dont il ait été menacé, *metus majoris calamitatis;* L. 5, ff. *Quod. met. caus.*; et il faut qu'il ait été menacé de l'endurer sur-le-champ, s'il ne consentait à ce qu'on lui proposait : *Metum præsentem esse oportet, non suspicionem inferendi ejus;* L. 5, ff. *eod. tit.* Si l'on n'avait fait à quelqu'un que des menaces vagues pour le faire consentir au mariage qu'il a contracté, son mariage ne laisserait pas d'être valable [2].

Pareillement, lorsque la crainte de déplaire à son père a porté une fille à consentir, contre son inclination, à un mariage que son père a voulu qu'elle contractât, cette crainte ne rend pas nul son mariage [3].

Il faut, — 2° que la violence soit *adversùs bonos mores;* c'est-à-dire il faut que ce soit une violence injuste. C'est pourquoi si un homme qui aurait abusé d'une jeune fille, s'est porté à l'épouser par la crainte d'un décret de prise de corps qu'elle aurait obtenu contre lui, et qu'elle était prête à mettre à exécution, le mariage sera valable, et cet homme ne sera pas recevable à dire qu'il l'a contracté par violence; car le décret de prise de corps obtenu contre lui, était une voie de droit, et non pas une violence *adversùs bonos mores.*

317. Lorsque la violence par laquelle quelqu'un a été contraint à contracter mariage, a les deux qualités que nous avons dit être requises pour qu'il puisse faire déclarer nul son mariage, il n'importe par qui elle ait été commise; il n'importe que la personne avec qui on l'a contraint de contracter mariage, ait eu part à cette violence, ou qu'elle n'y en ait eu aucune [4].

---

[1] *V.* art. 146, ci-dessus, p. 38, note 1, et 180 et 181, C. civ., ci-dessus, p. 133, note 1.

[2] *V.* art. 1112, C. civ.

Art. 1112 : « Il y a violence, lors« qu'elle est de nature à faire impres« sion sur une personne raisonnable, « et qu'elle peut lui inspirer la crainte « d'exposer sa personne ou sa fortune « à un mal considérable et présent. « — On a égard, en cette matière, à « l'âge, au sexe et à la condition des « personnes. »

[3] *V.* art. 1114, C. civ.

Art. 1114 : « La seule crainte révé« rentielle envers le père, la mère, « ou autre ascendant, sans qu'il y ait « eu de violence exercée, ne suffit point « pour annuler le contrat. »

[4] *V.* art. 1111, C. civ.

Art. 1111 : « La violence exercée « contre celui qui a contracté l'obliga« tion, est une cause de nullité, en« core qu'elle ait été exercée par un « tiers autre que celui au profit du« quel la convention a été faite. »

grands privilèges accordés par les empereurs aux soldats, ne les dispensaient pas de cette règle : *Filius-familias miles matrimonium sinè patris voluntate non contrahit*; L. 35, ff. *de Rit. nupt.*

Jamais l'Eglise ne s'est élevée contre ces lois; jamais elle n'a regardé comme valables les mariages contractés contre leurs dispositions : au contraire, elle les a regardés comme des fornications. C'est ce que nous trouvons dans la seconde lettre canonique de saint Basile à Amphiloque, can. 42, où ce père dit que les mariages des esclaves et ceux des enfants de famille, contractés sans le consentement de celui en la puissance de qui ils sont, sont des fornications plutôt que des mariages, jusqu'à ce que leur consentement intervienne : *Quæ sinè iis qui habent potestatem fiunt matrimonia, sunt fornicationes. Vivente ergo patre vel domino ii qui conveniunt non sunt ab accusatione liberi, donec conjugio domini annuerint; tunc enim firmitatem accepit conjugium.* C'était sur cela la doctrine de l'Eglise au temps d'Isidore Mercator, puisque dans la décrétale qu'il a faussement attribuée au pape Evariste, et qui est rapportée au décret de Gratien, can. *Aliter*, caus. 30, quæst. 5, on appelle *adulteria, contubernia, stupra, et fornicationes, matrimonia facta sinè consensu parentum.*

Pour prouver que le concile de Trente, en déclarant valables les mariages clandestinement contractés par les enfants de famille sans le consentement de leurs parents, ne les a considérés que dans le cas auquel il n'y aurait aucune loi positive qui en aurait ordonné autrement, M. Boileau tire encore argument de ces termes, *quamdiù ea Ecclesia irrita non fecit.* Donc l'esprit du concile est, que l'Eglise pourrait les rendre nuls, si par la suite elle jugeait à propos de faire un empêchement dirimant du défaut de consentement des parents. La proposition avait même été faite au concile par les évêques français, suivant que le rapporte Fra-Paolo, de rendre un décret pour déclarer nuls ces mariages. Mais si l'Eglise a ce droit, à plus forte raison la puissance séculière doit l'avoir, puisque le contrat de mariage appartenant, de même que tous les autres contrats, à l'ordre politique, c'est à la puissauce séculière qu'appartient principalement le droit de prescrire les lois qu'elle juge à propos d'établir pour la validité de ce contrat.

323. Toutes ces choses présupposées, notre question se réduit à un fait, qui est de savoir si nous avons en France une loi qui déclare nuls les mariages contractés par les mineurs sans le consentement de leurs pères, mères, tuteurs ou curateurs.

Par les lois de nos rois de la première race, un homme ne pouvait épouser valablement une fille sans le consentement du père de la fille, à qui il était obligé de la rendre avec une amende, s'il la redemandait. C'est ce que nous trouvons dans les Capitulaires du roi Dagobert, en la seconde partie, qui a pour titre, *Lex Alemannorum*, cap. 54, art. 1, où il est dit : *Si quis filiam alterius non desponsatam*[1] *acceperit sibi uxorem, si pater ejus eam requirit, reddat eam, et cum quadraginta solidis eam componat*[2].

Pareillement, dans les Capitulaires de nos rois de la seconde race, recueillis par Benedictus-Levita, nous lisons au livre septième, art. 463 : *Aliter legitimum, ut à patribus accepimus, et à sanctis apostolis eorumque successoribus traditum invenimus, non fit conjugium, nisi ab his qui super fœminam dominationem habere videntur, uxor petatur*, etc.... *taliter et domino placebunt, et filios non spurios, sed legitimos atque hæreditabiles generabunt.*

324. Ces lois étaient tombées en désuétude. Il paraît par le préambule de l'édit de Henri II, du mois de février 1556, qu'il n'y avait aucune loi en vigueur

---

[1] *Sibi à patre filiæ.* (Note de l'édition de 1768.)
[2] *Id est, luat pro delicto.* (Ibid.)

contre les mariages des enfants de famille, contractés sans le consentement de leurs père et mère. Voici comment cet édit s'exprime : « Comme sur la plainte « à nous faite des mariages qui journellement, par une volonté charnelle, indis- « crète et désordonnée, se contractaient en notre royaume par les enfants de « famille, contre le vouloir et consentement de leurs père et mère, n'ayant « aucunement devant les yeux la crainte de Dieu, l'honneur, révérence et « obéissance qu'ils doivent à leursdits parents.... nous eussions longtemps con- « clu et arrêté sur ce faire une bonne loi et ordonnance, par le moyen de la- « quelle ceux qui, par la crainte de Dieu, l'honneur et révérence paternelle « et maternelle, ne seraient détournés et retirés de mal faire, fussent par la « sévérité de la peine temporelle révoqués et arrêtés.... Pour ces causes..... » Il paraît par ces termes, qu'il n'y avait aucune loi en vigueur contre ces mariages, et que c'est ce qui a porté le roi à faire cet édit.

Ensuite l'édit continue ainsi : « Avons dit, statué..... que les enfants de fa- « mille ayant contracté, et qui contracteront ci-après mariages clandestins « contre le gré, vouloir et consentement de leurs père et mère, puissent, « pour telle irrévérence, ingratitude, mépris et contemnement de leursdits « père et mère, transgression de la loi de Dieu, être par leursdits père et « mère, et chacun d'eux, exhérédés.... Puissent aussi lesdits père et mère, « pour les causes que dessus, révoquer toutes donations qu'ils auraient faites « à leur enfants. »

L'édit continue en ces termes : « Voulons que lesdits enfants qui ainsi se- « ront illicitement conjoints, soient déclarés, audit cas d'exhérédation, et les « déclarons incapables de tous avantages qu'ils pourraient prétendre par le « moyen des conventions apposées ès contrats de mariage, ou par le bénéfice « des coutumes et lois de notre royaume.»—Observez que l'édit ne prononce, contre ces enfants, la peine de la déchéance de leurs conventions matrimoniales, et des bénéfices des coutumes, *qu'en cas d'exhérédation;* car la loi n'étant faite que pour venger les pères et mères, lorsque les pères et mères veulent bien leur pardonner, la loi leur pardonne aussi.

Il ne suffit pas aux enfants, pour éviter ces peines, d'avoir requis le consentement de leurs père et mère, s'il ne l'ont obtenu, sauf en deux cas, sur lesquels l'édit s'exprime en ces termes : « N'entendons comprendre les mariages « qui seront contractés par les fils excédant l'âge de 30 ans, et les filles ayant « 25 ans passés et accomplis ; pourvu qu'ils se soient mis en devoir de requérir « l'avis et conseil de leursdits père et mère : ce que nous voulons aussi être « gardé pour le regard des mères qui se remarient, desquelles suffira requérir « leur conseil; et ne seront lesdits enfants, audit cas, tenus d'attendre leur « consentement. »

Enfin l'édit ajoute d'abondant: « Avons ordonné que lesdits enfants..... et « ceux qui auront traité tels mariages avec eux, et donné conseil ou aide « pour la consommation d'iceux, soient sujets à telles peines qu'elles seront « avisées, selon l'exigence des cas, par nos juges, etc. »

325. Cette ordonnance de Henri II a été confirmée par celle de Henri III, aux états de Blois, art. 41.

En l'art. 40, il est dit : « Enjoignons aux curés de s'enquérir de la qualité « de ceux qui voudront se marier, et s'ils sont enfants de famille ou en puis- « sance d'autrui, nous leur défendons de passer outre à la célébration desdits « mariages, s'il ne leur apparaît du consentement des pères, mères, tuteurs ou « curateurs, sur peine d'être punis comme *fauteurs du crime de rapt.* »

L'édit de Melun, du même roi, confirme l'art. 40 de l'ordonnance de Blois, ci-dessus rapporté.

326. Louis XIII, par sa déclaration du 26 novembre 1639, nous dit que les peines portées par les ordonnances des rois ses prédécesseurs contre les mariages contractés par des enfants de famille sans le consentement de leurs père

et mère, n'ayant pu les arrêter, il a jugé à propos, pour les réprimer, d'en ajouter de nouvelles; et en l'art. 2, il dit : « Le contenu en l'édit de Blois, de « l'an 1556, et aux articles 41.... de l'ordonnance de Blois, sera observé; et « y ajoutant... Avons déclaré et déclarons les veuves, fils et filles moindres de « 25 ans, qui auront contracté mariage contre la teneur desdites ordonnances, « privés et déchus par le seul fait, ensemble les enfants qui en naîtront et « leurs hoirs, indignes et incapables à jamais des successions de leurs pères, « mères et aïeuls, et de toutes autres directes et collatérales, comme aussi des « droits et avantages qui pourraient leur être acquis par contrats de mariages « et testaments, ou par les coutumes et lois de notre royaume, même du droit « légitime; et les dispositions qui seront faites au préjudice de notre ordon- « nance, soit en faveur des personnes mariées, soit par elles au profit des en- « fants nés de ces mariages, nulles, et de nul effet et valeur; voulons que les « choses ainsi données.... demeurent irrévocablement acquises à notre fisc, « sans que nous en puissions disposer qu'en faveur des hôpitaux ou autres « œuvres pies, etc. »

Quoique ces lois que nous venons de rapporter, en condamnant les mariages contractés par les enfants de famille sans le consentement de leurs père et mère, paraissent se borner à infliger des peines aux enfants qui les contractent et à ceux qui y ont part, et qu'aucune n'ait déclaré en termes formels et précis, que les mariages des mineurs, contractés sans le consentement de leurs père et mère, sont nuls; néanmoins si on considère attentivement l'esprit de ces lois, on découvrira facilement qu'elles réputent nuls et non valablement contractés tous les mariages des mineurs, contractés sans le consentement de leurs père et mère.

L'art. 40 de l'ordonnance de Blois, ci-dessus rapporté, en défendant aux curés de passer outre à la célébration du mariage de ceux qui sont enfants de famille ou en puissance d'autrui, s'il ne leur apparaît du consentement des père et mère, tuteurs ou curateurs, sur peine d'être punis comme *fauteurs du crime de rapt*, le donne assez à entendre, puisque l'ordonnance veut que les curés soient en ce cas poursuivis comme *fauteurs du crime de rapt*, pour cela seuls qu'ils ont marié un mineur sans le consentement de ses père ou mère : elle suppose donc qu'un mariage de mineur doit passer pour entaché du vice de séduction, pour cela seul qu'il est contracté sans le consentement de ses père et mère, n'y ayant qu'une grande séduction qui puisse porter un mineur à manquer à ce devoir. Mais si le mariage d'un mineur, pour cela seul qu'il est contracté sans le consentement de ses père et mère, est réputé entaché du vice de séduction, c'est une conséquence nécessaire qu'il est pour cela seul réputé nul et non valablement contracté, la séduction étant contraire à la liberté du consentement, qui est de l'essence du mariage, et étant un empêchement dirimant de mariage : *suprà*, nos 225 et 228.

Cette présomption du vice de séduction dans le mariage des mineurs, que l'ordonnance fait résulter du défaut de consentement des père et mère, est du nombre des présomptions qu'on appelle en droit *præsumptiones juris*, qui sont équipollentes à une preuve parfaite, et qui dispensent d'en apporter d'autres.

On peut bien avoir besoin d'autres preuves, pour faire déclarer coupable de séduction la personne que le mineur a épousée sans le consentement de ses père et mère, et pour infliger des peines à cette personne, mais on n'en a pas besoin pour déclarer nul le mariage. C'est pourquoi, comme l'observe M. d'Aguesseau, dans son plaidoyer qui sera ci-dessous cité, on trouve plusieurs arrêts qui ont déclaré un mariage nul, en mettant hors de Cour sur l'extraordinaire contre la personne que le mineur avait épousée, et par qui on le prétendait avoir été suborné.

La raison est, que, pour que le mariage d'un mineur, contracté sans le consentement de ses père et mère, soit réputé entaché du vice de séduction, et

en conséquence nul, il suffit qu'il y ait eu une séduction, qui est toujours présumée; mais il n'est pas nécessaire que ce soit la personne que le mineur a épousée, qui en soit coupable. Il n'importe de quelle part la séduction soit venue; quand même, ce qui arrive souvent, elle aurait été réciproque, le mariage n'en serait pas moins censé entaché du vice de séduction, et en conséquence nul: car une séduction, pour être réciproque, n'en est pas moins contraire à la liberté du consentement, qui est de l'essence du mariage.

La séduction en ce cas n'est considérée que dans la chose même: on ne considère pas de la part de qui elle vient; quand même ce serait le mineur qui s'est marié sans le consentement de ses père et mère, qui se serait séduit lui-même par sa passion. Quand même celle qu'il a épousée n'y aurait contribué que par le malheur qu'elle a eu de lui plaire; la séduction ne laisserait pas d'être en ce cas présumée, et le mariage en conséquence réputé nul, comme l'observe M. d'Aguesseau.

Ce que l'ordonnance de Blois, art. 40, a ordonné pour la publication des bans de mariage, et la manière d'en obtenir dispense, si on fait attention aux motifs qu'elle a eus pour faire ces dispositions, sert aussi à convaincre que l'esprit de cette ordonnance a été d'annuler les mariages des mineurs faits sans le consentement de leurs père et mère.

Cet article, que nous avons rapporté *suprà*, n° 69, part. 2, dit: *Pour obvier aux abus qui adviennent des mariages clandestins*, avons ordonné que nos sujets *ne pourront valablement contracter mariage sans proclamations précédentes de bans*. Si on examine quel a été le principal motif qui a porté l'ordonnance à prescrire cette formalité de la publication des bans, on s'apercevra facilement que son principal objet, en prescrivant cette formalité, et en la prescrivant à peine de nullité des mariages, a été d'empêcher les mineurs de se marier à l'insu de leurs père et mère, et sans leur consentement. En effet, le défaut de publication de bans passe pour être de nulle considération dans les mariages des majeurs; même à l'égard du mariage des mineurs, le défaut de publication de bans n'y est pas considéré, lorsque les père et mère du mineur ne se plaignent pas du mariage, et qu'il a été fait de leur consentement. Il est donc évident que l'ordonnance de Blois, en prescrivant la formalité de la publication des bans, à peine de nullité des mariages, n'a pu avoir d'autre vue principale que celle d'empêcher les mineurs de pouvoir valablement contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère. Cela supposé, l'ordonnance de Blois, en déclarant nuls et non valablement contractés les mariages, lorsqu'on aurait manqué d'observer une formalité principalement établie pour empêcher les mineurs de se marier à l'insu et sans le consentement de leurs père et mère, ne fait-elle pas suffisamment connaître que son esprit est que les mariages des mineurs, contractés sans le consentement de leurs père et mère, ne puissent subsister, et qu'ils soient réputés non-valablement contractés? Pourrait-on penser, sans absurdité, que l'ordonnance eût pu avoir plus d'indulgence pour le mal même qu'elle a voulu prévenir et empêcher, que pour l'inobservation d'une formalité qu'elle n'a établie que pour le prévenir et l'empêcher?

Pour se convaincre encore plus que l'esprit de nos lois, est de regarder comme nuls les mariages des mineurs contractés sans le consentement de leurs père et mère, on peut tirer argument de la seconde disposition de l'article 40 de l'ordonnance de Blois, rapportée *suprà*, n° 78, qui porte que la dispense de quelqu'une des proclamations de bans ne pourra être accordée que du consentement des principaux parents des parties contractantes, et par conséquent de leurs père et mère; et de la disposition de la déclaration du 28 septembre 1639, rapportée *suprà*, n° 76, qui exige le consentement des père et mère, tuteurs et curateurs, pour la proclamation des bans des mineurs. Si ces lois requièrent le consentement des père et mère des mineurs, pour que leurs bans soient valablement publiés; si elles les requièrent pour les dispenses des bans,

pour qu'elles soient valablement obtenues, n'est-il pas évident que l'esprit de ces lois est de requérir, à plus forte raison, ce consentement des père et mère au mariage des mineurs, pour qu'il soit valablement contracté ? le mariage étant quelque chose de plus important que les proclamations de bans et les dispenses; et ce consentement n'étant requis pour les proclamations des bans et pour les dispenses, que pour parvenir à la fin que les mineurs ne puissent valablement contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère.

Nous avons puisé tout ce que nous venons de dire sur la nécessité du consentement des père et mère pour la validité du mariage des mineurs, dans le plaidoyer de M. d'Aguesseau, dans la cause de Melchior Fleuri, contre la demoiselle de Rezac, qui se trouve au 3e volume de ses ouvrages, et qui est le 30e de ses plaidoyers Il faut le lire en entier; les plaidoyers de ce grand magistrat sont faits avec une précision si admirable, qu'il n'y a pas un mot à en retrancher, et qu'on ne peut les extraire sans les énerver.

Toutes les lois que nous avons rapportées, qui concernent le mariage des mineurs de vingt-cinq ans, ont lieu, même dans les coutumes qui permettent aux enfants de se marier après l'âge de vingt ans sans le consentement des pères. La déclaration du 26 novembre 1639 y déroge expressément. Elles ont lieu, même à l'égard de ceux qui, dans certaines provinces du royaume, sont réputés majeurs à vingt ans. Cette majorité coutumière que la loi de leur pays leur accorde, n'a aucun effet en matière de mariage, et elle n'empêche pas que le mariage que ces mineurs de vingt-cinq ans, majeurs de majorité coutumière, auraient contracté sans le consentement de leurs père et mère, ne doive être déclaré non valablement contracté. Basnage, sur la coutume de Normandie (art. 369), en fait une maxime qu'il autorise d'un arrêt du 28 janvier 1659, lequel, sur l'appel comme d'abus qu'une mère avait interjeté du mariage que son fils, majeur de majorité coutumière, mais mineur de 25 ans, avait contracté sans son consentement, déclara le mariage nul. Il y a un autre arrêt du 18 mars 1651, rapporté par Soefve (t. 1, centurie 3, ch. 70), qui a jugé la même chose.

327. Quand même le mineur français aurait contracté son mariage sans le consentement de son père ou de sa mère hors du royaume, et dans un lieu dont les lois ne regardent pas ces mariages comme nuls, il ne laisserait pas d'être déclaré nul et abusif [1], comme nous l'avons vu *suprà*, n° 229.

328. L'éloignement du lieu où demeure le père ou la mère, lorsque ce lieu est connu, ne dispense pas l'enfant d'obtenir ce consentement. L'approbation donnée au mariage par les plus proches parents convoqués à cet effet devant le juge, ne supplée pas à ce consentement, et ne purge pas la présomption du vice de séduction qui résulte du défaut de ce consentement. C'est ce qui a été jugé il y a environ une trentaine d'années, à l'égard du mariage d'une demoiselle de notre ville d'Orléans. Le mariage de cette demoiselle mineure avait été célébré à Orléans sans le consentement de sa mère, qui demeurait dans l'île de Saint-Domingue. Le prévôt d'Orléans avait homologué l'avis des parents, qui avaient tous approuvé le mariage, et avaient tous en conséquence permis la célébration. Sur l'appel comme d'abus interjeté par la mère, dont on n'avait pas obtenu le consentement, le mariage a été déclaré nul et abusif, et il a été fait défense au prévôt d'Orléans d'homologuer pareils avis [2].

---

[1] *V.* art. 170, C. civ., ci-dessus, p. 101, note 2.

[2] *V.* art. 155, C. civ.

Art. 155 : « En cas d'absence de « l'ascendant auquel eût dû être fait « l'acte respectueux, il sera passé ou-« tre à la célébration du mariage, en « représentant le jugement qui aurait « été rendu pour déclarer l'absence, « ou, à défaut de ce jugement, celui « qui aurait ordonné l'enquête, ou, « s'il n'y a point encore eu de juge-« ment, un acte de notoriété délivré « par le juge de paix du lieu où l'as-

329. Il n'en est pas de même lorsque le père ou la mère du mineur est absent de longue absence, et qu'on ne sait où ils sont. Le mineur ne devant pas en ce cas être tenu à l'impossible, il peut, après information faite de son absence, être dispensé d'obtenir son consentement, qui doit en ce cas être suppléé par celui du tuteur et de la famille[1].

330. Par la déclaration du roi du 6 août 1686, les enfants sont aussi dispensés d'avoir pour leur mariage le consentement de leurs père ou mère, qui se seront retirés dans les pays étrangers pour cause de religion, ou pour quelque autre cause : mais le mineur doit en ce cas suppléer à ce consentement par celui de son tuteur, et par un avis de six des plus proches parents et alliés, ou, à défaut de parents, d'amis ou voisins assemblés devant le juge royal; et s'il n'y a point de juge royal, devant le juge ordinaire des lieux. La déclaration du 24 mai 1724, article 16, dit la même chose, et ajoute : « En cas qu'il n'y ait « que le père ou la mère desdits enfants mineurs, qui soit sorti du royaume, « il suffira d'assembler trois parents ou alliés du côté de celui qui sera sorti du « royaume; ou, à leur défaut, trois voisins ou amis, lesquels, avec le père ou la « mère, qui se trouvera toujours présent, et le tuteur ou curateur, s'il y en a « autre que le père ou la mère, donneront leur consentement, s'il y échoit, au « mariage proposé[2]. »

331. A plus forte raison le consentement du père ou de la mère n'est pas nécessaire, lorsqu'ils ont perdu l'état civil, soit par la profession religieuse, soit par une condamnation à une peine capitale : car la mort civile leur fait perdre tous les droits de famille et de puissance paternelle, et les fait réputer comme n'existant plus dans la société civile.

Cela doit avoir lieu, quoique lors du mariage, contracté sans le consentement de son père condamné par contumace à une peine capitale, le père fût dans les cinq ans, et qu'il ait depuis purgé la contumace, et ait été absous. Quoique l'état civil du père fût alors plutôt suspendu qu'entièrement perdu, et même par l'effet rétroactif du jugement d'absolution, il soit réputé ne l'avoir jamais perdu, il suffit que, lors du mariage, le père dans le fait ne jouît pas de son état civil, qu'il fût réputé être en fuite, pour que le mineur ait été alors en droit de s'en passer, et de le faire suppléer par celui de son tuteur et de sa famille[3].

On peut, pour notre décision, tirer argument de ce qui est décidé en la loi 12, § 15, ff. *de Cap. et postlim. rev.* que le mariage qu'un fils de famille a contracté sans le consentement de son père, pendant que son père était captif, était

---

« cendant a eu son dernier domicile « connu. Cet acte contiendra la dé- « claration de quatre témoins appelés « d'office par ce juge de paix. »

Mais il ne s'agit, dans cet article, que des actes respectueux, par conséquent le consentement des ascendants n'est plus une condition de la validité du mariage du descendant, attendu son âge : en outre, il ne faut pas considérer comme absent, dans le langage du Code, celui qui n'est pas présent, mais dont le domicile ou la résidence est connu, quoique fort éloigné.

[1] Le Code ne paraît pas avoir adopté cette doctrine : le mariage ne nous paraîtrait possible, si l'absence de l'ascendant n'est pas déclarée, qu'après vingt-cinq ans pour les garçons, et vingt et un pour les filles.

[2] Cela n'a plus lieu aujourd'hui.

[3] Le mort civilement étant réputé mort, il est évident que son consentement au mariage de ses enfants, n'est plus nécessaire : quant au condamné par contumace, quoiqu'il soit encore dans les cinq ans qui suivent l'exécution, et que, par conséquent, la mort civile ne soit point encore encourue, il est cependant privé de l'exercice de ses droits civils, et dès lors, il est dans l'impossibilité légale de manifester sa volonté ; il ne peut pas donner son consentement.

valable, quoique depuis, le père, par son retour, ait, *jure postliminii*, recouvré tous ses droits, et soit réputé ne les avoir jamais perdus.

Tout ce que nous venons de décider, concerne le for extérieur.

Les enfants, soit majeurs, soit mineurs, ne doivent pas, dans le for de la conscience, se marier sans en demander l'agrément à leurs père ou mère qui ont perdu l'état civil, lorsqu'ils sont à portée de le leur demander; car la mort civile des pères et mères, ne dispense pas les enfants des devoirs naturels dont ils sont tenus envers eux : *Civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest.*

332. Il reste la question de savoir, dans le cas auquel un mineur ayant requis le consentement de son père ou de sa mère, pour un mariage qu'il prétend lui être très avantageux, le père ou la mère refusant de le donner, et n'alléguant aucune raison de leur refus, ou n'en alléguant que de mauvaises; si le mineur peut, sur un avis de parents, être dispensé par le juge de ce consentement, et autorisé à passer à la célébration du mariage. Je pense qu'ordinairement le juge ne doit pas dispenser le mineur de ce consentement, et que le mineur doit en ce cas attendre le temps de la majorité. On doit présumer de la piété paternelle, que si le père ou la mère refusent leur consentement, c'est qu'ils ont pour cela de bonnes raisons, qu'ils ne jugent pas à propos de dire.

Il paraît néanmoins y avoir des cas auxquels l'avantage du mariage pour lequel le père et la mère refusent leur consentement, serait si grand et si évident, et l'injustice du refus si évidente, que les juges pourraient dispenser le mineur du consentement de ses père et mère, sur un avis de parents. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du 17 janvier 1722, rapporté au 7e tome du Journal (liv. 5, ch. 2) par lequel un mineur, sur un avis de parents, a été autorisé à contracter un mariage avantageux auquel la mère refusait de consentir. Cela pourrait souffrir plus de difficulté à l'égard du père.

Soefve, tome 2, cent. 2, chap. 93, en rapporte un qui a permis à une jeune demoiselle mineure, qui n'avait ni père ni mère, de passer outre au mariage avec un jeune gentilhomme, nonobstant l'opposition formée par son aïeul maternel; attendu que ce mariage était louable; qu'il se faisait du consentement de la plus grande partie de la famille; que cet aïeul y avait donné lui-même auparavant son consentement; qu'il ne le révoquait que sur le prétexte d'une accusation d'un crime capital, intentée par des tiers contre l'accordé, dont il avait été renvoyé absous (arrêt du 30 août 1663).

Quoiqu'un garçon doive avoir trente ans pour qu'il puisse se marier sans le consentement de ses père et mère, après l'avoir requis sans encourir la peine d'exhérédation, nous trouvons un arrêt du 5 septembre 1684, au 3e tome du *Journal des Audiences* (liv. 10, ch. 36), qui a permis à un jeune homme âgé de 27 ans de contracter un mariage agréé de sa mère et de ses parents, contre la volonté de son père [1].

333. Lorsqu'un mineur n'a ni père ni mère, il doit faire intervenir pour son mariage le consentement de son tuteur ou curateur. Le curé ne doit pas le marier sans que le mineur lui ait fait apparoir de ce consentement : et lorsque dans le fait il l'a marié, le mariage est présumé de droit entaché du vice de séduction; et sur l'appel du tuteur ou curateur, il doit être déclaré nul, et abusivement contracté.

Ce qui ne doit s'entendre que des curateurs qui ont le mineur sous leur puissance, et non d'un simple curateur aux causes, créé à un mineur émancipé. Un tel curateur n'a pas de qualité pour empêcher le mariage du mineur,

[1] Tous ces points sont réglés très clairement par les articles 148, 149 et 150. *V.* ci-dessus, p. 139, note 1; et il faut bien reconnaître que la justice ne peut pas suppléer au consentement des ascendants.

comme l'a observé M. Bignon dans son plaidoyer, dont l'extrait est rapporté par Soefve [1], t. 2, cent. 3, chap. 72 (arrêt du 3 avril 1666).

334. Lorsqu'un mineur a un tuteur honoraire et un tuteur onéraire, c'est le tuteur honoraire qui doit consentir au mariage ; car c'est lui qui a le gouvernement de la personne du mineur : le tuteur onéraire n'est créé que pour l'administration de ses biens.

Observez que, lorsqu'un mineur a un tuteur en France, et un autre tuteur dans les colonies, c'est le tuteur du lieu où le père du mineur avait son domicile lors de son décès, qui doit donner son consentement par écrit au mariage du mineur, sur un avis de parents assemblés devant le juge qui l'a nommé; (déclaration du 15 décembre 1721, art. 5). Ce juge peut quelquefois, pour de grandes considérations, avant que d'homologuer l'avis des parents par lui reçu, ordonner que le tuteur de l'autre lieu sera entendu pardevant le juge qui l'a nommé, ensemble les parents qui sont audit lieu, sur le mariage proposé, pour, leur avis rapporté, être ordonné ce qu'il appartiendra.

La déclaration du roi du 1[er] février 1743, *ibidem*, art. 12, porte la même chose [2].

335. Le consentement des tuteurs et curateurs n'est nécessaire que lorsque le mineur n'a ni père ni mère. Lorsque, sur le refus d'un père ou d'une mère d'avoir la tutelle de ses enfants, on leur a créé un tuteur, le père et la mère ne laissent pas d'avoir en ce cas le gouvernement des personnes de leurs enfants; le tuteur qu'on leur a créé est créé pour administrer leurs biens; et par conséquent c'est au père ou à la mère, plutôt qu'à ce tuteur, qu'il appartient de donner son consentement au mariage de leurs enfants [3].

336. Il y a quelques différences entre le consentement que doivent donner les pères et mères au mariage de leurs enfants, et celui que doivent donner les tuteurs et curateurs des mineurs qui n'ont ni père ni mère.

1° Les père et mère n'ont pas besoin, pour donner leur consentement au mariage de leur enfant mineur, de prendre l'avis des autres parents : au contraire, le tuteur ne doit donner son consentement au mariage de son mineur, qu'après avoir pris l'avis des plus proches parents, tant paternels que maternels du mineur, qu'il doit pour cet effet convoquer devant le juge : ordonnance de Blois, art. 43.

2° Le consentement que les tuteurs et curateurs refusent de donner au mariage de leurs mineurs, peut être bien plus facilement suppléé que celui des pères et mères. Le juge, sur le refus du tuteur de donner son consentement au mariage, permet au mineur de faire assembler devant lui ses plus proches parents; et après les avoir entendus, et fait rédiger les avis de chacun des parents convoqués, et les raisons sur lesquelles ils le fondent, il renvoie les parties à l'audience, pour juger si l'on doit permettre au mineur de passer à la célébration du mariage [4].

Enfin, et c'est la principale différence entre le consentement des père et mère et celui des tuteurs, le défaut de consentement des père et mère, par cela seul que les enfants mineurs ont méprisé ce consentement, rend le mariage nul, et le fait présumer entaché du vice de séduction, n'y ayant qu'une grande séduction qui puisse porter un fils à se soustraire à ce qu'il doit à cet égard à ses père et mère. Au contraire, le défaut de consentement des tuteurs

[1] La loi exige le consentement du conseil de famille et non pas du tuteur ou curateur. *V.* art. 160, C. civ., ci-dessus, p. 139, note 1.

[2] C'est le consentement du conseil de famille qui est près du tuteur qui est exigé, et non pas du conseil de famille qui pourrait se trouver près du protuteur.

[3] Le consentement du conseil de famille n'est requis qu'à défaut d'ascendants.

[4] Cela ne pourrait plus avoir lieu ainsi aujourd'hui.

ne rend le mariage nul et présumé entaché du vice de séduction, que lorsqu'il paraît de la surprise, et que le mariage est désavantageux au mineur, par une inégalité de condition ou de biens. Cette différence entre les père et mère à cet égard, et les tuteurs [1], est observée dans l'extrait d'un plaidoyer de M. Talon, au tome 2 du *Journal des Audiences*, liv. 4, ch. 47.

§ II. *Du consentement des père et mère au mariage de leurs enfants majeurs.*

337. Les enfants majeurs, aussi bien que les enfants mineurs, sont obligés de requérir le consentement de leurs père et mère à leur mariage.

Mais il y a deux grandes différences à l'égard de ce consentement, entre les enfants majeurs et les mineurs.

La première est, que, si les majeurs ont été mariés sans avoir requis dans les formes juridiques le consentement de leur père ou mère, le mariage n'est point pour cela présumé entaché du vice de séduction, comme l'est celui des mineurs; et il ne peut en conséquence être attaqué par leur père ou mère, dont ils ont négligé de requérir le consentement : ils sont seulement sujets en ce cas à la peine de l'exhérédation, pour avoir manqué à leur devoir.

Augeard rapporte un arrêt du 2 septembre 1687, sur les conclusions de M. de Lamoignon, qui a confirmé le mariage d'un avocat, contracté en majorité avec une servante, sans avoir égard à l'appel comme d'abus interjeté par la mère, à l'insu de laquelle il avait été contracté.

La déclaration de 1639 déclare expressément les fils, quoique majeurs de trente ans, et les filles, quoique majeures de vingt-cinq ans, sujets à la peine de l'exhérédation, lorsqu'ils se sont mariés sans avoir requis par écrit le consentement de leurs père et mère.

L'édit du mois de mars 1697, y soumet même les veuves majeures de vingt-cinq ans, aussi bien que les autres enfants. Il dit que c'est en ajoutant à l'édit de 1556, et à l'article 2 de la déclaration de 1639, parce que l'édit de 1556 n'avait point parlé du tout des veuves; et que l'art. 2 de la déclaration de 1639 avait bien, dans la première partie de cet article, qui concerne les mineurs, compris expressément les veuves mineures; mais que dans la seconde, qui concerne les majeurs, il n'avait pas parlé des veuves.

Lorsque lesdits enfants, quoique majeurs de vingt-cinq ou de trente ans, et même les veuves majeures de vingt-cinq ans, non-seulement n'ont pas requis le consentement de leur père ou mère, mais encore ont affecté, par une clandestinité, de leur en dérober la connaissance, l'édit de 1697 augmente la peine, en ordonnant que si lesdites veuves, fils ou filles majeurs, demeurant actuellement avec leurs père et mère, contractent à leur insu des mariages, comme habitants d'une autre paroisse, sous prétexte de quelque logement qu'ils y ont pris peu de temps avant leur mariage, ils soient, par le seul fait, ensemble les enfants qui naîtront de leur mariage, privés des successions de leur père, mère, aïeux et aïeules, et de tous autres avantages, même du droit de légitime. Leur mariage, outre cela, peut être déclaré nul pour le défaut de présence du propre curé, comme nous le verrons *infrà*.

338. La seconde différence est qu'il ne suffit pas aux mineurs de requérir le consentement de leurs père et mère à leur mariage; il faut qu'ils l'obtiennent, comme nous l'avons vu *suprà*.

Au contraire, aussitôt qu'une fille est majeure de vingt-cinq ans, et aussitôt qu'un garçon est majeur de trente ans, ils satisfont (au moins pour le for extérieur) à tout ce qu'ils doivent à leurs père et mère, en requérant d'eux, dans la forme légitime, leur consentement. Lorsqu'ils l'ont ainsi requis,

---

[1] L'art. 182, C. civ., ci-dessus, p. 139, note 1, ne reproduit pas cette différence.

quoiqu'ils ne l'aient pas obtenu, ils ne sont pas sujets à la peine de l'exhérédation.

Néanmoins, si le mariage était tout à fait honteux et déshonorant; comme si un fils majeur de trente ans, d'une condition honnête, avait demandé à son père son consentement pour épouser une comédienne, ou une femme qui aurait été reprise de justice; si une fille l'avait demandé pour épouser son laquais, la réquisition faite au père de son consentement, ne devrait pas soustraire l'enfant à la peine de l'exhérédation; car, bien loin que l'enfant satisfasse en ce cas en partie au respect qu'il doit à son père, en lui demandant son consentement, la réquisition du consentement de son père pour un tel mariage, est une insulte qui augmente l'outrage qu'il lui fait par ce mariage, bien loin de le diminuer.

339. Les différences que nous avons observées entre les enfants majeurs qui se marient sans le consentement de leurs père et mère, et les mineurs, n'ont pas lieu lorsque le mariage de l'enfant, quoiqu'il n'ait été contracté qu'en majorité, est une suite de la séduction en minorité. C'est pourquoi, si un fils a contracté mariage *cum turpi personâ*, quoiqu'il l'ait contracté en majorité; si dès sa minorité il avait vécu dans le désordre avec cette fille, son mariage étant en ce cas une suite de sa séduction en minorité, pourrait être déclaré nul, de même que s'il eût été contracté en minorité, et le rendrait pareillement sujet à la peine de l'exhérédation. C'est une maxime de M. l'avocat général Bignon, rapportée par l'auteur du *Journal des Audiences*, t. 1er (liv. 11, ch. 28), sur un arrêt du 2 juillet 1660.

340. L'arrêt de règlement du 27 août 1692, prescrit la forme légitime dans laquelle les enfants doivent requérir le consentement de leurs père et mère pour leur mariage.

L'enfant doit commencer par présenter au juge royal du lieu du domicile de ses père et mère, une requête aux fins qu'il lui soit permis de faire à ses père ou mère des *sommations respectueuses*[1] de lui donner leur consentement au mariage qu'il se propose de contracter avec un *tel* ou une *telle*. En conséquence de la permission que le juge met au bas de la requête, l'enfant doit se transporter chez ses père ou mère avec deux notaires, ou un notaire et deux témoins, et là, les requérir de lui accorder leur consentement au mariage qu'il se propose de contracter avec une *telle*; de laquelle réquisition le notaire dresse un acte : c'est ce qu'on appelle *sommation respectueuse*.

Il en doit être fait au moins deux.

341. Lorsqu'un garçon est majeur de vingt-cinq ans, mais au-dessous de l'âge de trente ans[2], il ne lui suffit pas, pour se mettre à couvert de la peine

---

[1] Une *sommation* ne peut pas être *respectueuse*, notre Code a rejeté cette dénomination : il emploie la qualification d'*actes respectueux*.

[2] *V.* art. 151, 152, 153, 154, 157, C. civ.

Art. 151 : « Les enfants de famille « ayant atteint la majorité fixée par « l'article 148 (*V.* ci-dessus, p. 139, « note 1), sont tenus, avant de con- « tracter mariage, de demander, par « un acte respectueux et formel, le « conseil de leur père et de leur mère, « ou celui de leurs aïeuls et aïeules, « lorsque leur père et leur mère sont « décédés, ou dans l'impossibilité de « manifester leur volonté. »

Art. 152 : « Depuis la majorité fixée « par l'article 148 jusqu'à l'âge de « trente ans accomplis pour les fils, et « jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans ac- « complis pour les filles, l'acte respec- « tueux prescrit par l'article précé- « dent, et sur lequel il n'y aurait pas « de consentement au mariage, sera « renouvelé deux autres fois, de mois « en mois; et un mois après le troi- « sième acte, il pourra être passé ou- « tre à la célébration du mariage. »

Art. 153 : « Après l'âge de trente

de l'exhérédation, de requérir par des sommations respectueuses le consentement de ses père ou mère pour son mariage; il faut qu'il l'obtienne; faute de quoi, il est sujet à la peine; l'édit de 1556, art. 8, n'ayant excepté de la peine de l'exhérédation que les fils excédant trente ans : mais son mariage ne peut pas être attaqué, et en cela il diffère du mineur.

Le père n'est pas même fondé à s'opposer au mariage ; c'est ce qui a été jugé par un arrêt du 12 février 1718, rapporté au 7e tome du *Journal des Audiences* (liv. 1, ch. 19), qui donne congé de l'opposition formée par un père au mariage de son fils âgé de vingt-six ans. M. Chauvelin, sur les conclusions duquel l'arrêt fut rendu, dit, suivant que le rapporte le journaliste, qu'un majeur, quoique au-dessous de trente ans, ne pouvait être empêché de se marier sans le consentement de son père; qu'il s'exposait seulement à l'exhérédation. Au reste, il y a lieu à la peine de l'exhérédation, quand même le mariage fait sans le consentement des père ou mère, serait un mariage sortable; sauf qu'en ce cas on tempère l'exhérédation, en adjugeant sur les biens du défunt une somme en usufruit à l'exhérédé, et la propriété de cette somme aux enfants nés et à naître de ce mariage.

§ III. *Si le consentement des pères et mères, tuteurs et curateurs, est requis pour le mariage des bâtards.*

342. L'obligation en laquelle sont les enfants, soit d'obtenir, soit lorsqu'ils ont passé un certain âge, de requérir au moins le consentement de leurs père et mère pour leur mariage, est un effet du droit de puissance paternelle que les père et mère ont sur leurs enfants. Ce droit de puissance paternelle étant un des effets civils du mariage, comme nous le verrons *infrà*, part. 5, les père et mère ne peuvent avoir ce droit que sur les enfants qui leur sont nés ou censés nés d'un légitime mariage : ils n'ont point ce droit de puissance paternelle sur leurs bâtards : d'où il suit que leurs bâtards ne sont pas dans l'obligation ni d'obtenir, ni même de requérir leur consentement. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du 1er février 16.2, rapporté au second tome du *Journal des Audiences*, liv. 1, chap. 47, par lequel, sur l'appel comme d'abus interjeté par une mère, du mariage de son fils bâtard, qui était un jeune homme âgé de vingt-trois ans, revêtu d'une charge de secrétaire du roi, qui avait épousé la fille d'une vendeuse de chapeaux sous le petit Châtelet, la Cour mit les parties hors de cour.

Lorsque les bâtards sont mineurs, ils ont, comme les autres, besoin pour se marier, du consentement de leur tuteur ou curateur ; et lorsqu'ils n'en ont point, on doit leur en créer un [1].

« ans, il pourra être, à défaut de con- « sentement sur un acte respectueux, « passé outre, un mois après, à la cé- « lébration du mariage. »

Art. 154 : « L'acte respectueux sera « notifié à celui ou ceux des ascendants « désignés en l'article 151, par deux « notaires, ou par un notaire et deux « témoins; et, dans le procès-verbal « qui doit en être dressé, il sera fait « mention de la réponse. »

Art. 157 : « Lorsqu'il n'y aura pas « eu d'actes respectueux, dans les cas « où ils sont prescrits, l'officier de « l'état civil qui aurait célébré le ma- « riage, sera condamné à (une amende « qui ne pourra excéder 300 fr.), et à « un emprisonnement qui ne pourra « être moindre d'un mois. »

[1] *V.* art. 158 et 159, C. civ.

Art. 158 : « Les dispositions conte- « nues aux articles 148 et 149 (*V.* ci- « dessus, p. 139, note 1), et les dispo- « sitions des articles 151, 152, 153, 154 « (*V.* ci-dessus, p. 149, note 2), et 155 « (*V.* ci-dessus, p. 144, note 2), rela- « tives à l'acte respectueux qui doit « être fait aux père et mère dans le cas « prévu par ces articles, sont applica- « bles aux enfants naturels légalement « reconnus. »

Art. 159 : « L'enfant naturel qui

ART. II. — Du consentement du roi pour le mariage des princes.

242. Suivant un ancien usage qui s'est toujours pratiqué dans le royaume, les princes du sang ne peuvent contracter mariage sans le consentement du roi. On agita beaucoup dans le dernier siècle, si le défaut de ce consentement était un empêchement dirimant de mariage. La question fut agitée à l'occasion du mariage de Gaston, duc d'Orléans, que ce prince avait contracté avec la princesse Marguerite de Lorraine, sans le consentement du roi. Sur l'appel comme d'abus de ce mariage, interjeté par le procureur général, par arrêt du mois de septembre 1634, sur les conclusions de M. Jérôme Bignon, ce mariage fut, pour le défaut de ce consentement, déclaré nul.

L'assemblée du clergé de 1635 donna aussi une déclaration, insérée dans le procès-verbal des actes de cette assemblée, par laquelle elle reconnut que, suivant un ancien usage du royaume de France, les princes du sang ne pouvaient contracter mariage sans le consentement du roi; et que le défaut de ce consentement rendait le mariage nul. Le prince reconnut la nullité de son mariage, par acte du 16 août 1635; mais depuis, étant entré en grâce, il obtint la permission de le réhabiliter, et il fut de nouveau célébré par l'archevêque de Paris, à Meudon, au mois de mai 1647.

On avait consulté pour cette affaire les docteurs de Sorbonne, qui, pour la plupart, avaient donné leur avis pour la nullité du mariage : ceux qui firent difficulté de le donner, ne furent arrêtés que parce qu'ils ne croyaient pas que dans les monuments de l'histoire qui établissaient l'obligation des princes et des grands du royaume, d'obtenir le consentement du roi pour leurs mariages, il se trouvât aucune loi assez formelle et assez précise pour faire, du défaut de ce consentement, un empêchement dirimant : mais ils convenaient que le roi avait le pouvoir d'en établir un pour l'avenir, s'il jugeait à propos d'en faire une loi. Tel était le sentiment de M. Hennequin, célèbre professeur de Sorbonne, qui, suivant une anecdote que nous rapporte M. Boileau dans son *Traité des Empêchements de Mariage*, ayant été mandé par le cardinal de Richelieu pour dire son avis sur ce mariage, répondit : « *Le mariage est bon* : que le roi porte une loi qui fasse un empêchement dirimant du défaut de son consentement, et de tels mariages seront nuls. »

Nous n'avons pas cru nécessaire de rapporter ici les monuments de l'histoire sur cette matière ; la discussion en est trop longue : ils sont recueillis dans le Traité de M. Delaunoi, *Regia in matrimonia potestas*, où on peut les voir [1].

SECT. III. — DE LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE EN FACE D'ÉGLISE, ET DE LA COMPÉTENCE DU PRÊTRE QUI LE CÉLÈBRE.

ART. Ier. — De la célébration du mariage en face d'église.

La célébration du mariage en face d'église, qui est aujourdhui nécessaire pour la validité du mariage, est une matière qui a éprouvé plusieurs changements.

« n'a point été reconnu, et celui qui, « après l'avoir été, a perdu ses père « et mère, ou dont les père et mère ne « peuvent manifester leur volonté, ne « pourra, avant l'âge de vingt-un ans « révolus, se marier qu'après avoir « obtenu le consentement d'un tuteur « *ad hoc* qui lui sera nommé. »

[1] L'article 12 du sénatus consulte du 18 mai 1804, porte que les princes français (les membres de la famille impériale) ne peuvent se marier sans l'autorisation de l'empereur. Il est probable qu'on appliquerait aujourd'hui ce statut aux membres de la famille royale.

Nous traiterons dans un premier paragraphe, de l'antiquité de la célébration du mariage en face d'église, et de la bénédiction nuptiale ; et nous examinerons si elle était absolument nécessaire dans les premiers siècles pour la validité du mariage.

Nous rapporterons dans un second paragraphe, les lois qui, dans la suite des temps, ont requis la bénédiction nuptiale, ou l'intervention du curé des parties dans les mariages, pour leur validité.

Nous verrons dans un troisième paragraphe, quel était dans le douzième siècle et les siècles suivants, jusqu'au temps du concile de Trente, le droit qui s'observait à l'égard des mariages qui n'avaient pas été célébrés en face d'église.

Un quatrième contiendra ce qui s'est passé dans le concile de Trente à l'égard des mariages clandestins, c'est-à-dire, qui n'étaient pas faits en face d'église, et dans la forme prescrite par le concile.

Enfin un cinquième paragraphe exposera ce qui a été ordonné sur cette matière par les ordonnances, édits et déclarations de nos rois.

§ Ier. *De l'antiquité de la bénédiction nuptiale, et de la célébration du mariage dans l'église ; et si elles étaient nécessaires dans les premiers siècles pour la validité des mariages.*

344. La célébration du mariage des chrétiens en face d'église, et la bénédiction nuptiale que le prêtre qui célèbre le mariage, donne aux personnes qui se marient, sont de la plus grande antiquité.

Cette bénédiction nuptiale, comme le remarque saint Isidore de Séville, lib. 2, *de Off. Eccles.*, cap. 19, se pratique dans l'église, à l'imitation de celle que Dieu lui-même donna dans le paradis terrestre au mariage de nos premiers parents: *Quòd in ipsâ conjunctione connubii à sacerdote benedicuntur, hoc est à Deo in ipsâ primâ conjunctione hominis factum : sic enim scriptum est : Fecit Deus.... et benedixit eis, dicens: Crescite, etc..... Hâc ergo similitudine fit nunc in Ecclesiâ, quod tunc factum est in paradiso.*

Nous trouvons des témoignages de cet usage dans les ouvrages de Tertullien, qui a vécu dans le second et dans le troisième siècle: *Undè sufficiemus*, dit-il, lib. 2, *ad uxor.*, cap. 8. *ad enarrandam felicitatem ejus matrimonii quod Ecclesia conciliat, confirmat oblatio, obsignat benedictio* [1].

Ce mariage *quod conciliat Ecclesia*, peut-il s'entendre autrement que d'un mariage fait en face d'église, dans l'assemblée des fidèles, et par le ministère de l'église, c'est-à-dire, des ministres de l'église?

Ces termes, *confirmat oblatio*, nous font aussi entendre qu'on offrait le saint sacrifice de la messe pour les nouveaux mariés; ce qui fait présumer que les mariages se célébraient les jours de dimanche, lorsque les fidèles étaient assemblés pour le sacrifice de la messe.

Et ces termes *obsignat benedictio*, ne signifient-ils pas bien clairement la bénédiction nuptiale que le prêtre donnait aux mariés?

Le quatrième siècle nous fournit aussi plusieurs monuments de l'usage de la bénédiction nuptiale : nous en trouvons un dans la lettre de saint Ambroise à Virgile, n° 7, où ce père, pour détourner les fidèles de s'allier par mariage avec des infidèles, dit: *Quàm ipsum conjugium* VELAMINE SACERDOTALI ET BENEDICTIONE *sanctificari oporteat, quomodò potest conjugium dici, ubi non est fidei concordia?* Cette lettre est la dix-neuvième dans l'édition des Bénédictins.

Nous en trouvons dans le même siècle un autre dans une lettre du pape Syrice, qui monta sur le saint-siége en l'année 384 ou 385; c'est dans sa lettre à Himère, évêque de Tarragone. Ce pape, en faisant au chap. 9 de cette lettre,

---

[1] Ces mots, *obsignat benedictio*, ne se trouvent pas dans l'édition de Beatus Rhenus. (*Note de l'édition de* 1768.)

le détail des qualités qu'il faut avoir pour être promu aux ordres, rapporte celles-ci : *Si probabiliter vixerit, unâ tantùm et eâ quam virginem communi per sacerdotem benedictione perceperit, uxore contentus.*

Le quatrième concile de Carthage, qu'on prétend avoir été tenu l'an 398, fournit pour ce siècle un troisième témoignage. Il est dit au canon quinzième: *Sponsus et sponsa quum benedicendi sunt à sacerdote, à parentibus suis vel paranymphis offerantur, qui quum benedictionem acceperint, eâdem nocte, pro reverentiâ ipsius benedictionis, in virginitate permaneant.*

Il est vrai que les critiques ont soupçonné de supposition les canons de ce prétendu quatrième concile de Carthage; mais quand nous abandonnerions ce témoignage, les précédents que nous avons rapportés, contre lesquels on ne peut rien opposer, sont plus que suffisants pour certifier l'usage dans lequel on était dans l'Eglise au quatrième siècle, de faire intervenir dans les mariages des fidèles la bénédiction nuptiale.

Au commencement du cinquième siècle, le pape Innocent I, dans sa lettre à Victrice, évêque de Rouen, art. 6, fait aussi mention de la bénédiction nuptiale: *Benedictio quæ per sacerdotem nubentibus imponitur.*

345. Cette bénédiction nuptiale n'était néanmoins qu'un pieux usage, et n'était pas nécessaire pour le mariage, qui pouvait sans cela être valablement contracté.

La loi vingt-deuxième, Cod. *de Nuptiis*, qui est de Théodose et Valentinien, ne nous laisse aucun doute à cet égard : *Si donationum antè nuptias vel dotis instrumenta defuerint, pompa etiàm, aliaque nuptiarum celebritas omittatur, nullus existimet ob id deesse rectè inito matrimonio firmitatem, vel ex eo natis liberis jura posse legitimorum auferri ; inter pares honestate personas nullâ lege impediente consortium, quod ipsorum consensu atque amicorum fide firmatur.*

On ne peut pas dire plus formellement que le seul consentement des parties, justifié par le témoignage de leurs amis, devant qui elles l'ont déclaré, suffit pour la validité de leurs mariages; *etsi pompa aliaque nuptiarum celebritas omittatur.* Ces termes: *aliaque nuptiarum solemnitas*, désignent manifestement la cérémonie de la célébration du mariage en face d'Eglise, et de la bénédiction nuptiale, dont les empereurs décident que l'omission n'empêchait pas alors la validité du mariage.

Observez que la loi dit: *inter pares honestate personas* ; car, lorsqu'un homme se mariait avec une femme de vile condition, il fallait alors qu'il fût établi par un acte de conventions matrimoniales, qu'il la prenait pour légitime épouse, plutôt que pour une simple concubine : ce qui fut depuis abrogé par Justinien; L. 26, § 7. Cod. *de Nupt.*

On peut encore tirer argument de la Novelle 74. Justinien, au chap. 4 de cette Novelle, commence par dire: *Antiquis promulgatum est legibus, et nobis ipsis sunt hæc eadem constituta, ut etiam nuptiæ extrà dotalia instrumenta,* EX SOLO AFFECTU *valeant et ratæ sunt.*

Ces termes, EX SOLO AFFECTU, disent clairement que, pour la perfection et la validité du mariage, le seul consentement des parties suffit; et qu'il n'est pas besoin qu'il intervienne aucune autre chose, pas même la cérémonie de la bénédiction nuptiale.

Ensuite Justinien rapporte l'abus des preuves trop légères qu'on admettait de ce consentement des parties, par des témoins qui disaient avoir entendu les parties s'appeler par des noms dont les personnes mariées ont coutume de s'appeler : *Introeuntes testes sinè periculo mentientes, quia vir vocabat* DOMINAM [1]

---

[1] *Hoc nomine uxores à maritis appellari solebant;* L. 19, § 1, ff. *de Ann. leg.* (Note de l'édition de 1768.)

cohærentem, et ista illum similiter nominabat; et sic eis finguntur matrimonia non pro veritate confecta.

Cela prouve que les mariages pouvaient se contracter sans les célébrer publiquement à l'église : car, si cette célébration eût été nécessaire, on n'aurait pas admis avant la Novelle, pour preuve du mariage, le seul témoignage des témoins qui disaient avoir entendu les parties se traiter de mari et femme. Ce que Justinien, pour remédier à ces abus, prescrit pour la preuve des mariages, prouve pareillement qu'on pouvait les contracter valablement sans aller à l'église, et sans bénédiction nuptiale. Il ordonne que le mariage légitime des personnes d'un rang illustre, ne puisse se prouver que par un acte de conventions matrimoniales. A l'égard des personnes d'un rang inférieur, et néanmoins d'une condition honnête, il veut qu'à défaut d'acte de conventions matrimoniales, elles aillent dans quelque église, *in aliquâ orationis domo*, y déclarer leur mariage au défenseur qui en doit dresser un acte en présence de témoins. Il excepte de sa loi les personnes de basse condition [1].

De là on peut tirer cette conséquence : Justinien n'a ordonné par cette Novelle d'aller à l'église, qu'à défaut d'acte de conventions matrimoniales, et encore ce n'était pas pour y recevoir la bénédiction nuptiale, dont il n'est pas dit un mot; mais pour y faire dresser un acte de leur mariage par le défenseur, qui souvent était un laïque. Donc, quand il y avait un acte de conventions matrimoniales, il n'était pas même du tout nécessaire d'aller à l'Eglise. Justinien excepte de sa loi les personnes de basse condition ; donc ces personnes pouvaient valablement contracter mariage sans aucune forme.

Non-seulement la bénédiction nuptiale, quoique pratiquée dans l'église, n'était pas nécessaire pour que le contrat de mariage fût valable comme contrat civil, mais encore elle n'était pas plus nécessaire pour qu'il fût sacrement. C'est ce qui paraît par la réponse du pape Nicolas I à la consultation des Bulgares, dans le neuvième siècle. Ce pape, en l'art. 3, expose ainsi les usages de l'Eglise romaine pour la célébration des mariages : *Primùm quidem in Ecclesiâ Domini, cum oblationibus quas offerre debent Deo, per sacerdotis manum statuuntur, sicque demùm benedictionem et velamen cœleste suscipiunt.... post hæc de Ecclesiâ egressi, coronas in capitibus gestant, quæ semper in Ecclesiâ ipsâ sunt solitæ reservari.... hæc sunt jura nuptiarum.....* Ensuite le pape ajoute : *Peccatum autem esse, si hæc cuncta in nuptiali fœdere non interveniant, non dicimus, quemadmodùm Græcos vos adstruere dicitis, præsertim quum tanta soleat arctare quosdam rerum inopia, ut ad hæc præparanda nullum his suffragetur auxilium; ac per hoc sufficiat, secundùm leges,* SOLUS EORUM CONSENSUS *de quorum conjunctionibus agitur.*

Ce pape dit bien clairement que le seul consentement des parties, donné selon les lois, c'est-à-dire, pourvu que les lois permettent le mariage entre ces personnes, quoiqu'elles ne soient pas allées à l'église recevoir la bénédiction nuptiale, suffit pour la validité du sacrement de mariage. Il ne peut pas être douteux que c'est du mariage considéré comme sacrement, que le pape entend

---

[1] Voici comment Justinien s'exprime à leur égard : *Quisquis autem in abjectâ degit vitâ, parvæ quidem substantiæ dominus consistens, in novissimâ verò vitæ parte jacens, habeat etiam in his licentiam. Sed neque agricolas aut milites armatos, et quos lex caligatos appellat (hoc est viliores et obscuriores) perscrutamur, quibus civilium causarum ignorantia est, et solius circà terram operationis, et circà bella concupiscentiæ causa est studiosa, et justè laudabilis : sic est in vilibus personis, et in militibus armatis obscuris et agricolis licentia sit in et ex non scripto convenire et matrimonia celebrare inter alterutros : sintque filii legitimi qui patrum mediocritatem, aut militares, vel rusticas occupationes et ignorantias adjuvent.*

parler: c'était sur ce qui était nécessaire pour le mariage comme sacrement, que les Bulgares l'avaient consulté.

§ II. *Des lois qui ont requis pour la validité des mariages, qu'ils fussent célébrés en face d'Eglise.*

340. La bénédiction nuptiale et la célébration du mariage en face d'Eglise, qui n'étaient d'abord que de pieux usages, furent dans la suite requis pour la validité des mariages.

Pour remédier aux abus qu'occasionnait la clandestinité des mariages que plusieurs personnes contractaient sans aller à l'église recevoir la bénédiction nuptiale, dans la vue de les tenir secrets, nos rois jugèrent à propos d'ordonner que leurs sujets, lorsqu'ils contracteraient mariage, le contracteraient en face d'Eglise, où ils recevraient la bénédiction nuptiale; à peine de nullité des mariages qui se contracteraient sans y observer cette formalité. C'est ce que nous trouvons établi dans le recueil des capitulaires de Charlemagne et de ses successeurs, fait par Benedictus Levita. Il est dit au livre sixième, art. 130: *Nec sinè benedictione sacerdotis, qui antè innupti erant, nubere audeant.*

La bénédiction nuptiale ne se donnait qu'aux premiers mariages. C'est pour cela que le capitulaire dit, *qui antè innupti erant.* Mais quoiqu'il n'intervînt pas de bénédiction nuptiale dans les seconds et ultérieurs mariages, les parties n'étaient pas moins obligées d'y faire intervenir le curé, pour donner au nom de l'Eglise, publiquement et en présence du peuple, son approbation à leur mariage. C'est ce que nous apprend le capitulaire 408, où il est dit : *Ne christiani ex propinquitate sui sanguinis connubia ducant, nec sinè benedictione sacerdotis cum virginibus nubere audeant, neque viduas absque suorum sacerdotum consensu et conniventiâ plebis ducere præsumant.*

Ces capitulaires comprenant dans une même défense les mariages entre parents, et ceux qui se contractent sans bénédiction nuptiale, ou au moins sans l'intervention du curé, il s'ensuit que cette défense était faite à peine de nullité.

Le capitulaire 463 du livre septième s'en explique formellement, en rapportant expressément la bénédiction nuptiale parmi les choses nécessaires pour la légitimité du mariage d'une fille : *Aliter legitimum, ut à patribus accepimus.... non fit conjugium, nisi.... (uxor) suo tempore sacerdotaliter, ut mos est, cum precibus et oblationibus à sacerdote benedicatur, etc.*

Tout ceci avait été ainsi ordonné, comme nous l'avons déjà dit, pour empêcher la clandestinité des mariages. C'est ce que nous apprend le capitulaire 179 du livre septième, où il est dit : *Sancitum est ut publicè nuptiæ ab his qui nubere cupiunt, fiant, quia sæpè in nuptiis clàm factis gravia peccata.... Et hoc ne deinceps fiat, omnibus cavendum est ; sed priùs conveniendus est sacerdos in cujus parochiâ nuptiæ fieri debent, in ecclesiâ coràm populo, et ibi inquirere unà cum populo ipse sacerdos debet, si ejus propinqua sit, an non..... Postquàm ista omnia probata fuerint, et nihil impedierit, tunc, si virgo fuerit, cum benedictione sacerdotis, sicut in sacramentario continetur, et cum consilio multorum bonorum hominum, publicè et non occultè ducenda est uxor.*

Ce capitulaire se trouve aussi dans le recueil d'Isaac, évêque de Langres, tit. 5, art. 6.

Dans le quatrième supplément des capitulaires de Charlemagne, qui est un recueil de quelques canons et de quelques lois de princes séculiers, que Charlemagne déclare vouloir être insérés dans ses capitulaires, et avoir force de loi, le second article, tiré des lois des Visigoths, prononce une amende de cent sous, ou, à défaut d'argent, une peine de cent coups de fouet contre les chrétiens qui contracteront mariage sans bénédiction nuptiale [1].

[1] L'empereur Léon VI, dans sa novelle 89, exige la bénédiction nuptiale : « *Itaque quemadmodum adhibitis sacri deprecationibus adoptio-*

Le concile de Trosli, tenu l'an 909, sous Charles le Simple, can. 7, dit : *Decernimus et nos secundùm constitutionem antiquam, ut nullus occultas nuptias*, etc.... *sed dotatam et à parentibus traditam, per benedictionem sacerdotum accipiat, qui vult uxorem, sicut in libro supradicto*, cap. 179, *monetùr his verbis : Sancitum*, etc.

Le concile rapporte tout de suite les propres termes de ce capitulaire, que nous avons ci-dessus rapportés.

§ III. *Du droit qui s'observait dans le douzième siècle et les suivants, jusqu'au temps du concile de Trente, à l'égard des mariages clandestins, c'est-à-dire, qui n'étaient pas célébrés en face d'église.*

347. Les lois que nous avons rapportées au paragraphe précédent, tombèrent par la suite en désuétude : on ne regarda plus la bénédiction nuptiale et la célébration du mariage en face d'église, comme nécessaires absolument pour la validité du mariage. Il était censé valablement contracté par cela seul que les parties s'étaient réciproquement promis de se prendre pour mari et femme. C'est ce qu'on appelait *Sponsalia de præsenti.*

Alexandre III, dans le douzième siècle, n'exigeait pas autre chose pour la validité d'un mariage, dans sa décrétale qui est au chap. 9, Extr. *de Sponsal. et matrim. Ex parte C. mulieris*, dit ce pape, *nobis intimatum est quòd Andreas juramentum præstitit quòd eam ab eo tempore pro conjuge teneret, et ei sicut uxori suæ fidem servaret; ipsa quoque eidem Andreæ juravit se illum pro marito habiturum... quo facto* (il n'est fait mention d'aucune célébration de mariage en face d'église), *prænominatus Andreas reliquit eamdem... Mandamus quatenùs eumdem ut super inductâ dimissâ, ad uxorem suam redeat..... cogatis.*

Il y a dans l'ancienne collection, au titre *de Sponsâ duor.*, cap. 8, une décrétale du même pape, adressée à l'évêque de Norwick, qui est encore plus formelle. Il y est dit : *Ex tuis litteris intelleximus virum quemdam et mulierem sese invicem recepisse, nullo sacerdote præsente, nec adhibitâ solemnitate quam solet anglicana ecclesia exhibere, et aliam prædictam mulierem antè carnalem commixtionem solemniter duxisse et cognovisse : tuæ prudentiæ duximus respondendum quòd, si priùs vir et mulier ipsa, de præsenti se receperint, dicendo unus alteri, ego te recipio in meam, et ego te recipio in meum; etiamsi non intervenerit illa solemnitas, nec vir mulierem carnaliter cognoverit, mulier ipsa primo debet restitui, quum nec potuerit nec debuerit post talem consensum alii nubere.*

Le même pape, au ch. 2, Extr. *de Clandest. despons.*, dit que, lorsque des mariages ont été contractés avec tant de clandestinité, qu'il n'y en ait aucune preuve, l'Eglise n'a pas de moyens pour contraindre les parties qui en disconviennent, à tenir leur foi : mais lorsque les parties déclarent ces mariages, l'Eglise, à moins qu'il n'y ait d'ailleurs quelque empêchement, doit les reconnaître comme aussi valables que s'ils avaient d'abord été contractés en face l'Eglise : *Verùm si personæ contrahentium hæc voluerint publicare, nisi rationabilis causa præpediat, ab Ecclesiâ recipienda, et comprobanda tanquam si ab initio in Ecclesiæ conspectu celebrata.*

Il résulte pareillement de la décrétale du même Alexandre III, qui est au chapitre *Illud*, 11, Extr. *de Præsumpt.*; et de celle d'Innocent III, qui est au chap. 6, Extr. *de Eo qui cogn. consang.*, etc., que ces papes regardaient

---

nem perfici præcipimus : sic sanè etiam sacræ benedictionis testimonio matrimonia confirmari jubemus : adeò ut, si qui citrà hanc matrimonium ineant, id ne ab initio quidem ità dici, neque illos in vitæ illâ consuetudine matrimonii jure potiri volimus.

les mariages contractés seulement *per verba de præsenti*, comme de vrais mariages.

Le même pape Innocent III, dans le concile de Latran, ayant défendu les mariages clandestins, c'est-à-dire, ceux qui ne sont pas contractés en face d'église, et ayant ordonné que même ceux qui se célébreraient en face d'église, seraient précédés de trois bans de mariage, ne déclare pas néamoins nuls les mariages clandestins, lorsque les parties sont d'ailleurs capables de contracter mariage ensemble ; et il se contente d'ordonner qu'on imposera en ce cas une pénitence à ceux qui les contracteront : *His qui taliter præsumpserint etiam in gradu concesso copulari, condigna pœnitentia injungatur;* cap. fin., Extr. *de Clandest. despons.*

Les mariages clandestins, c'est-à-dire, ceux qui ne sont pas contractés en face d'église, mais secrètement, *per sponsalia de præsenti*, continuèrent toujours depuis à être regardés comme valables. Ils étaient encore regardés comme tels au temps du concile de Trente ; et ce concile va même jusqu'à frapper d'anathème ceux qui nieraient que ces mariages fussent de vrais mariages, tant que l'Eglise n'a pas encore jugé à propos de les déclarer nuls, quoiqu'elle les ait toujours détestés : *Tametsi dubitandum non est*, dit le concile, *clandestina matrimonia libero contrahentium consensu facta, rata esse et vera matrimonia, quamdiù Ecclesia ea irrita non fecit, et proindè jure damnandi sunt illi, ut eos S. Synodus anathemate damnat, qui ea vera ac rata esse negant.*

Par ces termes, *rata esse et vera*, le concile déclare que ces mariages étaient non-seulement de vrais mariages, en tant que contrats civils, mais même qu'ils étaient sacrements : c'est ce que signifie ce terme RATA dans le langage des canonistes, comme on peut le voir au chap. 7, Extr. *de Divort.*, où Innocent III dit que, quoique le mariage des infidèles soit un vrai mariage, il n'est pas RATUM, pour dire qu'il n'est pas sacrement : *Etsi matrimonium verum inter infideles existat, non tamen est* RATUM ; *inter fideles autem verum et* RATUM *existit*, etc. C'est une fort mauvaise objection que de dire que si ces mariages sont sacrements, l'Eglise ne doit pas les détester. Je réponds qu'elle les déteste, comme elle déteste les mauvaises dispositions dans lesquelles on confère et on reçoit les autres sacrements, qui ne laissent pas d'être sacrements, nonobstant ces mauvaises dispositions.

§ IV. *De ce qui se passa au concile de Trente à l'égard des mariages clandestins.*

348. Il fut beaucoup question au concile de Trente, des mariages clandestins, c'est-à-dire de ceux qui ne sont pas contractés en face d'église. Tous en reconnaissaient les abus. Le meilleur moyen d'y remédier, était de les déclarer nuls ; mais il y en avait qui doutaient si le concile en avait le droit.

Fra-Paolo, dans son histoire de ce concile, liv. 7, rapporte que, dans la congrégation des théologiens qui fut tenue sur ce sujet le 9 février 1563, et jours suivants, Maillard, doyen de Sorbonne, dit que l'Eglise n'avait pas ce pouvoir ; qu'elle ne saurait faire qu'un sacrement légitime dans le temps présent, fût invalide à l'avenir ; qu'elle ne pouvait pas exiger pour la validité du mariage, qu'il se contractât publiquement, le premier mariage entre Adam et Eve, qui est le modèle des autres, s'étant fait sans témoins [1]. Le jésuite Salmeron disait au contraire que l'Eglise a tant de pouvoir sur la matière des sacrements, qu'elle peut y altérer tout ce qui n'est pas de leur essence ; que les qualités de *public* ou de *secret* étant accidentelles au mariage, l'Eglise peut ordonner sur ces qualités ce que bon lui semble, et par conséquent exiger, pour sa validité, qu'il fût public.

---

[1] Il eût été difficile d'en trouver !

Palavicin, dans son histoire, donne un démenti à Fra-Paolo, sur ce qu'il rapporte de l'avis du doyen Maillard, et dit que c'est un fait controuvé.

Dans la vingt-quatrième session du concile, qui fut tenue le 11 novembre de la même année, on lut le projet de décret qui avait été fait pour déclarer nuls les mariages clandestins, et le décret passa contre l'avis de cinquante-six prélats qui répondirent par *non placet*. L'évêque de Warmie, qui regardait la validité de ces mariages comme un dogme de foi, ne voulut pas y assister; Fra-Paolo, liv. 28.

Le décret sur ce point, qui fut arrêté en cette session, est conçu en ces termes : *Qui aliter quàm præsente parocho vel alio sacerdote de ipsius parocho seu ordinarii licentiâ, et duobus vel tribus testibus matrimonium contrahere attentabunt, eos S. Synodus ad sic contrahendum matrimonium omninò inhabiles reddit, et hujusmodi contractus irritos et nullos esse decernit.*

Observez que, quoique la forme prescrite par le concile pour les mariages, soit très sage, et qu'elle ait été en conséquence adoptée et confirmée par les ordonnances de nos rois, comme nous le verrons au paragraphe suivant; néanmoins le concile excédait son pouvoir en déclarant nuls, de sa seule autorité, les contrats de mariages où elle n'aurait pas été observée : car les mariages, en tant que contrats, appartiennent, comme tous les autres contrats, à l'ordre politique; et ils sont par conséquent de la compétence de la puissance séculière, et non de celle du concile, à qui il n'appartenait pas de statuer sur leur validité ou invalidité [1].

§ V. *De ce que les ordonnances de nos rois ont ordonné contre les mariages clandestins; et de la forme qu'elles ont prescrite pour que les mariages fussent valablement contractés.*

349. Le concile de Trente ne put être reçu en France, malgré les efforts que firent la cour de Rome et le clergé pour l'y faire recevoir. Tous les catholiques reconnaissaient, et ont toujours reconnu que les décisions de ce concile sur le dogme, sont la foi de l'Eglise; mais l'atteinte qu'il donne dans ses décrets de discipline aux droits de la puissance séculière, et à nos maximes sur un très grand nombre de points, fut et sera toujours un obstacle insurmontable à sa réception dans ce royaume. On peut en voir la liste dans une dissertation sur la réception et l'autorité du concile de Trente en France, qui est à la fin de l'excellent ouvrage de M. Rassicod, qui a pour titre, *Notes sur le concile de Trente*, et qui a été imprimé à Cologne en 1706.

Le décret du concile ne pouvant pas remédier aux abus des mariages clandestins en France, où ce concile n'était pas reçu, et où ses décrets ne pouvaient par conséquent avoir aucune autorité, le roi Henri III jugea à propos d'y remédier lui-même, ayant dans lui-même autant de pouvoir pour cet effet, qu'en avait le concile, comme nous l'avons établi dans la première partie de ce traité. C'est ce qu'il fit par son ordonnance, rendue aux états de Blois, art. 40, où il est dit : « Avons ordonné que nos sujets ne pourront *valablement* contracter mariage sans proclamations précédentes;.... après lesquels bans, seront épousés publiquement; et pour témoigner de la forme, y assisteront « quatre témoins dignes de foi, dont sera fait registre, etc.»—Et par l'art. 44, il est défendu à tous notaires, sous peine de punition corporelle, de recevoir aucunes promesses de mariage par paroles de présent [2].

---

[1] Pothier a raison; mais le concile ne l'entendait pas ainsi : les pères de ce concile ne distinguaient pas et ne voulaient pas distinguer le *contrat* et le *sacrement* de mariage; voilà leur erreur que nous croyons, du reste, avoir été très volontaire.

[2] Il est facile de reconnaître dans cet édit, l'origine de notre législation actuelle.

Par l'édit de Henri IV, du mois de décembre 1606, le roi veut que les causes concernant les mariages, appartiennent à la connaissance des juges d'Église, *à la charge* qu'ils seront tenus de garder les ordonnances, même celle de Blois en l'art. 40; et suivant icelles, déclarer les mariages qui n'auront été faits et célébrés en l'église, et avec la forme et solennité requises par ledit article, nuls et non valablement contractés, comme peine indicte par les conciles [1].

La déclaration du roi Louis XIII, de 1639, art. 1, ordonne que l'art. 40 de l'ordonnance de Blois soit exactement gardé; et en l'interprétant... « qu'à la célébration d'icelui assisteront quatre témoins avec le curé, qui recevra le consentement des parties, et les conjoindra en mariage, suivant la forme pratiquée en l'église. Fait défenses à tous prêtres de célébrer aucuns mariages qu'entre leurs paroissiens, sans la permission par écrit du curé ou de l'évêque. »

L'édit de 1697 confirme les ordonnances concernant la célébration des mariages, et notamment celles qui regardent la nécessité de la présence du propre curé : « Voulons (y est-il dit) que les ordonnances des rois nos prédécesseurs, « concernant la célébration des mariages, et notamment celles qui regardent « LA NÉCESSITÉ de la présence du propre curé de ceux qui contractent, soient « exactement observées. »

350. Cette présence du curé requise par nos lois pour la validité des mariages, n'est pas une présence purement passive : c'est un fait et un ministère du curé qui doit recevoir le consentement des parties, et leur donner la bénédiction nuptiale.

Cela résulte des termes de la déclaration de 1639, ci-dessus rapportée, où il est dit que *le curé recevra le consentement des parties, et les conjoindra en mariage, suivant la forme pratiquée en l'église* [2].

Il ne suffirait donc pas, pour la validité du mariage, que les parties allassent trouver à l'église leur curé, et qu'ils lui déclarassent qu'ils se prennent pour mari et femme : il faut que le curé célèbre le mariage. C'est pourquoi, par arrêt de 1676, rapporté par d'Héricourt, part. 3, chap. 5, art. 1, n° 27, un mariage dont les parties s'étaient fait, dans l'Eglise, donner acte par un notaire, sur le refus fait par un curé de le célébrer, fut déclaré nul; et en conséquence, par arrêt du 10 mars 1715, un enfant né de ce mariage fut déclaré bâtard.

351. Depuis, il y a eu un arrêt de règlement du 5 septembre 1650, qui fait défenses à tous notaires, à peine d'interdiction, de passer aucuns actes par lesquels les hommes et femmes déclarent qu'ils se prennent pour mari et femme, sur le refus qui leur serait fait par les évêques, grands vicaires et curés, de leur conférer le sacrement de mariage; et ordonne que lesdits évêques, grands vicaires et curés, seront tenus de donner des actes par écrit, contenant les causes de leurs refus, lorsqu'ils en seront requis. Pareilles défenses aux notaires, par arrêt du 20 décembre 1688, rapporté au 4e tome du Journal (liv. 3, ch. 35).

352. Lorsque le refus du curé est mal fondé, les parties ont deux voies pour se pourvoir : la première, qui est la voie ordinaire, est la demande qu'ils peu-

---

[1] *Voy.* les conciles de Tours, tit. 9, *de Matrimonio*; de Reims, *eod. tit.*, art. 2; de Bordeaux, *eod. tit.* Ces trois conciles ont été tenus en 1583. (*Note de l'édition de 1768.*)

[2] Le concile de Trente n'attribue point au prêtre un semblable pouvoir, il lui suppose un rôle passif; il suffit qu'il soit présent :

Qui aliter quam PRÆSENTE *parocho vel alio sacerdote de ipsius parochi seu ordinarii licentiâ et duobus vel tribus testibus matrimonium contrahere attentabant....*

vent donner contre le curé, pour qu'il lui soit enjoint de célébrer le mariage. Cette demande ayant pour objet le sacrement de mariage, est une cause spirituelle qui doit être portée devant le juge ecclésiastique, c'est-à-dire, devant l'official. Le juge royal est incompétent pour en connaître, suivant qu'il a été jugé par arrêt du 10 juin 1692, rapporté au 4e tome du *Journal des Audiences* (liv. 7, ch. 18). La seconde voie est celle de l'appel comme d'abus au parlement, du refus du curé. Les parties peuvent aussi appeler comme d'abus de la sentence de l'official, qui aurait autorisé le refus du curé [1].

353. Ce que nous avons dit « que le prêtre qui célèbre le mariage, n'est pas un simple témoin, et qu'il y exerce un ministère, » n'est pas contraire à ce que les théologiens enseignent « que les parties qui contractent mariage, sont elles-mêmes les ministres du sacrement de mariage. » — Il est vrai qu'elles en sont les ministres quant à ce qui est de sa substance, et qu'elles se l'administrent réciproquement par leur consentement, et la déclaration extérieure qu'elles se font de ce consentement; mais le prêtre est, de son côté, le ministre des solennités que l'Eglise et le prince ont jugé à propos d'ajouter au mariage pour sa validité, et il est préposé par l'Eglise et par le prince pour exercer ce ministère [2].

ART. II. — De la compétence du prêtre qui célèbre le mariage.

354. Il faut pour la validité du mariage, non-seulement qu'il ait été célébré en face d'Eglise, mais encore que le prêtre qui l'a célébré ait été compétent.

---

[1] Sur le refus de l'officier de l'état civil, il faudrait aujourd'hui se pourvoir devant les tribunaux de première instance, qui statueraient sauf l'appel.

[2] Pour la publication, *V.* art. 63, 64, ci-dessus, p. 27, note 1; 65, ci-après; 166, 167 et 168, C. civ., p. 29, note 3, p. 30, notes 1 et 2, et pour la célébration, *V.* art. 75 et 76, C. civ.

Art. 65 : « Si le mariage n'a pas été « célébré dans l'année, à compter de « l'expiration du délai des publications, « il ne pourra plus être célébré qu'a- « près que de nouvelles publications « auront été faites dans la forme ci- « dessus prescrite. »

Art. 75 : « Le jour désigné par les « parties après les délais des publica- « tions, l'officier de l'état civil, dans « la maison commune, en présence de « quatre témoins, parents ou non pa- « rents, fera lecture aux parties, des « pièces ci-dessus mentionnées, rela- « tives à leur état et aux formalités « du mariage, et du chapitre VI du « titre *du Mariage*, sur *les droits et* « *les devoirs respectifs des époux* (art. « 212 à 226). Il recevra de chaque « partie, l'une après l'autre, la décla- « ration qu'elles veulent se prendre « pour mari et femme; il prononcera, « au nom de la loi, qu'elles sont unies « par le mariage, et il en dressera acte « sur le champ. »

Art. 76 : « On énoncera, dans l'acte « de mariage : 1° Les prénoms, noms, « professions, âge, lieux de naissance « et domiciles des époux; — 2° S'ils « sont majeurs ou mineurs; — 3° Les « prénoms, noms, professions et do- « miciles des pères et mères; — 4° Le « consentement des pères et mères, « aïeuls et aïeules, et celui de la fa- « mille, dans les cas où ils sont requis; « — 5° Les actes respectueux, s'il en « a été fait; — 6° Les publications « dans les divers domiciles; — 7° Les « oppositions, s'il y en a eu; leur « mainlevée, ou la mention qu'il n'y « a point eu d'opposition; — 8° La « déclaration des contractants de se « prendre pour époux, et le prononcé « de leur union par l'officier public; « — 9° Les prénoms, noms, âge, pro- « fessions et domiciles des témoins, et « leur déclaration s'ils sont parents ou « alliés des parties, de quel côté et à « quel degré. »

Nous verrons,—1° Quel prêtre est compétent pour la célébration des mariages; — 2° Quelle est la peine des parties qui ont célébré leur mariage devant un prêtre incompétent; — 3° Quelle est la peine du prêtre qui l'a célébré; — 4° Si, lorsque les parties sont de différentes paroisses, le curé de l'une des parties peut valablement célébrer le mariage sans le consentement du curé de l'autre partie.

§ I. *Quel est le prêtre compétent pour la célébration du mariage.*

355. Le prêtre compétent pour la célébration des mariages, est le curé des parties.

Le curé des parties est celui du lieu où elles font leur résidence ordinaire.

Lorsqu'une personne demeure une partie de l'année dans un lieu, et une autre partie dans un autre, son curé est celui du lieu où est sa principale demeure, où il fait ses Pâques, où il a coutume de se dire *demeurant*, dans les actes qu'il passe; où il est imposé aux charges publiques [1].

356. Lorsqu'une personne a transféré sa demeure d'un lieu dans un autre, pour que le curé du lieu de sa demeure actuelle soit compétent pour la marier, il faut qu'il y ait au moins six mois qu'elle y soit demeurante, lorsqu'elle sort d'une paroisse du même diocèse; ou un an entier, lorsqu'elle sort d'un autre diocèse. Sans cela, son curé actuel ne peut la marier sans un certificat de publication de ban du curé de la paroisse d'où elle est sortie. C'est ce qui est porté par l'édit du mois de mars 1697, où il est dit: « Défendons à tous curés de con« joindre en mariage autres personnes que ceux qui sont leurs vrais parois« siens, demeurant actuellement et publiquement dans leurs paroisses, au « moins depuis six mois à l'égard de ceux qui demeuraient auparavant dans « une autre paroisse de la même ville ou du même diocèse; ou depuis un an, « pour ceux qui demeuraient dans un autre diocèse [2].

357. Lorsque les parties contractantes sont mineures, leur curé, qui doit célébrer leur mariage, est celui du lieu de la demeure de leurs père et mère, tuteur ou curateur, quand même elles auraient ailleurs un domicile de fait; sauf qu'en ce cas leurs bans doivent aussi être publiés en la paroisse du lieu de ce domicile de fait. C'est la disposition de l'édit du mois de mars 1697, où il est dit: « Déclarons que le domicile des fils et filles de famille mineurs de vingt« cinq ans, pour la célébration de leur mariage, est celui de leurs père et mère; « ou de leur tuteur ou curateur, après la mort de leursdits père et mère; et en « cas qu'ils aient un autre domicile de fait, ordonnons que les bans seront pu« bliés dans les paroisses où ils demeurent, et dans celles de leurs pères, mè« res, tuteurs ou curateurs. »

---

[1] *V.* art. 102 ci-après, et art. 74 et 165, C. civ., ci-dessus, p. 29, note 3.

Art. 102: « Le domicile de tout « Français, quant à l'exercice de ses « droits civils, est au lieu où il a son « principal établissement. »

[2] Mais le curé du domicile actuel pouvait procéder au mariage, sur un certificat de publication de bans dans la paroisse du domicile ancien: c'est probablement ce que les rédacteurs du Code ont voulu reproduire dans l'article 167. (*V.* ci-dessus, p. 30, note 1.) Ainsi, l'officier du domicile actuel est toujours compétent: mais, si ce domicile n'est pas fortifié par six mois au moins de résidence, les publications devront être faites au dernier domicile. De plus, l'art. 74, C. civ., *V.* ci-dessus, p. 29, note 3, dans sa dernière partie, rend également compétent, pour célébrer le mariage, l'officier de l'état civil de la commune de la résidence, si cette résidence a au moins six mois; mais dans ce cas, les publications devront aussi être faites au véritable domicile. *V.* art. 166, C. civ., ci-dessus, p. 29, note 3.

358. L'évêque des parties n'est pas moins compétent que leur curé pour la célébration de leur mariage, puisqu'il est leur premier pasteur.

359. Enfin un prêtre qui a permission de l'évêque ou du curé des parties pour célébrer leur mariage, est très compétent pour le célébrer : le mariage étant célébré par la permission du curé ou de l'évêque, c'est comme si l'évêque ou le curé l'eussent eux-mêmes célébré [1].

Le vicaire d'une paroisse est censé, par sa qualité de vicaire, avoir la permission du curé pour célébrer les mariages de la paroisse : le curé est censé la lui avoir donnée, en le recevant pour son vicaire; et il n'est pas nécessaire qu'il la renouvelle pour chaque mariage.

Il en est de même d'un prêtre habitué, qu'un curé a préposé pour la célébration des mariages dans la paroisse : il est évident qu'en lui donnant cette commission, il lui a donné la permission de les célébrer, tant que sa commission n'est pas révoquée.

360. Tout autre prêtre qui n'a la permission ni de l'évêque, ni du curé des parties, est incompétent pour le célébrer.

C'est ce qui résulte de la déclaration de 1639, qui, après avoir ordonné que ce sera le curé qui recevra le consentement des parties, ajoute : « Défenses à « tous prêtres de marier autres personnes que leurs vrais paroissiens, sans la « permission par écrit des curés des parties, ou de l'évêque. »

Cette permission par écrit n'est pas néanmoins nécessaire, lorsque c'est le vicaire, ou le prêtre préposé à la célébration des mariages, qui l'ont célébré : pareillement, quoique le mariage ait été célébré par un prêtre étranger, s'il l'a été en présence du curé, cette présence, dont il est fait mention dans l'acte de célébration sur le registre du curé, équipolle à une permission par écrit du curé.

§ II. *De la peine des parties qui ont fait célébrer leur mariage par un prêtre incompétent.*

361. La peine des parties qui ont fait célébrer leur mariage par un prêtre incompétent, est la nullité de leur mariage [2].

Quoique le concile de Trente, qui a prononcé cette peine [3], comme nous l'avons vu *suprà*, n° 348, n'ait pas été reçu en France, nos rois ont adopté et confirmé sa disposition à cet égard.

La déclaration de 1639, en prescrivant la forme de la célébration des mariages, exige que ce soit le curé qui le célèbre (ou quelqu'un par lui commis) : « *A la célébration assisteront quatre témoins avec* LE CURÉ, *qui recevra le « consentement des parties, etc.* »

L'édit du mois de mars 1697 ne laisse aucun doute sur la nullité des mariages célébrés devant un prêtre incompétent. Après avoir dit dans le préambule : « Les saints conciles ayant prescrit comme une des solennités ESSEN-« TIELLES au sacrement de mariage, la présence du propre curé de ceux qui « contractent, les rois nos prédécesseurs ont autorisé par plusieurs ordon-« nances l'exécution d'un règlement si sage, etc. »; il est dit ensuite dans le dispositif : « Voulons que les dispositions des saints canons, et les ordonnances « des rois nos prédécesseurs, concernant la célébration des mariages, et no-« tamment celles qui regardent la NÉCESSITÉ de la présence du propre curé de

---

[1] Les officiers de l'état civil ne peuvent pas déléguer ainsi le pouvoir que la loi leur confie.

[2] V. art. 191, C. civ., ci-dessus, p. 128, note 1.

[3] *Qui aliter quàm præsente parocho, vel alio sacerdote de ipsius parochi seu ordinarii licentiâ matrimonium contrahere attentabunt..... S. synodus.... hujusmodi contractus illicitos et nullos esse decernit.* (Note de l'édition de 1768.)

« ceux qui contractent, soient exactement observées; défendons, etc. »

Dire qu'une chose est une *solennité essentielle au mariage*, c'est dire qu'elle est de l'essence du mariage, et qu'en conséquence il ne peut y avoir de vrai mariage lorsqu'elle n'a pas été observée. Les saints conciles, en déclarant que la présence du propre curé était une *solennité essentielle au sacrement de mariage*, ont donc suffisamment déclaré que les mariages où elle n'avait pas été observée, n'étaient pas de vrais mariages, et devaient être regardés comme nuls; et l'édit, en ordonnant l'observation des canons à cet égard, prononce évidemment la nullité de ces mariages.

Cela résulte encore de ces autres termes de l'édit : Voulons que les ordonnances,...., et notamment celles qui regardent LA NÉCESSITÉ *de la présence du propre curé*, soient exactement *observées*. Il paraît par ces termes, que la présence du propre curé est regardée comme étant de *nécessité* pour la célébration des mariages : donc ceux où elle n'est pas intervenue, ne sont pas valablement célébrés.

Enfin nos lois regardent tellement comme nuls les mariages célébrés par un prêtre incompétent, que la déclaration du 15 juin 1697 ordonne que les parties qui auront contracté de tels mariages, soient poursuivies par les procureurs du roi, pour les réhabiliter, comme nous le verrons *infrà*, part. 6, chap. 1, art. 1, § 7. Ils sont donc nuls; car s'ils étaient valables, il ne faudrait pas les réhabiliter [1].

362. Cette nullité des mariages célébrés par un prêtre incompétent, n'est pas de la classe de celles qu'on appelle *relatives*, qui n'ont lieu que lorsque la partie s'en plaint; telles que sont celles qui résultent du défaut de liberté dans le consentement de l'une des parties contractantes, de l'impuissance, du défaut de consentement des père et mère, ou tuteurs, etc.; elle est de la classe de celles qu'on appelle *nullités absolues*, et elle ne peut se purger, ni se couvrir que par une réhabilitation du mariage des parties, c'est-à-dire, une nouvelle célébration faite par le curé ou avec sa permission, ou celle de l'évêque [2].

Il n'importe que les personnes qui se sont mariées hors de la présence et sans le consentement de leur propre curé, soient majeures ou mineures, enfants de famille, ou usant de leurs droits; nos lois ci-dessus rapportées, qui déclarent nuls ces mariages, n'ayant fait à cet égard aucune distinction.

On trouve néanmoins dans les recueils d'arrêts, quelques arrêts qui ont déclaré des parties non recevables dans l'appel comme d'abus par elles interjeté, de la célébration de leur mariage, sur le prétexte qu'il avait été célébré par un prêtre incompétent, hors de la présence et sans le consentement du curé, lorsque l'appel n'avait été interjeté qu'après un long temps de cohabitation publique, et sans que personne se fût jamais plaint de ce mariage [3].

---

[1] L'article 193, C. civ., paraît cependant permettre aux juges de ne point prononcer la nullité.

Art. 193 : « Les peines prononcées « par l'article précédent (amende qui « ne peut excéder trois cents francs « contre l'officier de l'état civil, et « amende proportionnée à leur fortune « contre les parties contractantes ou « ceux sous la puissance desquelles « elles ont agi. Art. 192, *V.* ci-dessus, « p. 28, note 1), seront encourues par « les personnes qui y sont désignées, « pour toute contravention aux règles « prescrites par l'art. 165 (*V.* ci-dessus, p. 29, note 3), lors même que « ces contraventions ne seraient pas « jugées suffisantes pour faire prononcer la nullité du « mariage. »

[2] Aussi l'article 191, *V.* ci-dessus, p. 28, note 1, accorde-t-il l'action en nullité à tous ceux qui y ont intérêt, et au ministère public.

[3] On comprend que la cohabitation publique, ou comme le dit l'art. 196, C. civ., la possession d'état de mari et femme puisse rendre les époux non recevables à demander la nullité de

La réponse est, que ces arrêts n'ont pas jugé qu'un mariage, qu'on supposerait célébré par un prêtre incompétent, puisse jamais être valable, et que ce vice puisse être purgé par quelque laps de temps que ce fût; mais qu'ils ont seulement jugé qu'eu égard aux circonstances de la cause, l'appelant était indigne d'être écouté, et reçu à entrer dans la discussion qu'il alléguait; et qu'on devait présumer que les choses s'étaient passées dans les règles, et que le prêtre qui avait célébré le mariage, avait eu la permission du curé. Ce que nous disons est conforme à ce qui a été observé par M. d'Aguesseau, dans un mémoire qui se trouve dans le 5e volume de ses OEuvres, après le 57e plaidoyer, p. 161 : il est dit à la fin de ce mémoire : « S'il y a « quelquefois des circonstances assez fortes, suivant les règles de la police ex- « térieure, pour fermer la bouche à la mauvaise foi, et à l'inconstance de ceux « qui réclament sur ce fondement (de défaut de présence et de consentement « du propre curé) contre un consentement libre et une longue possession, il « faut au moins, en ce cas, qu'il paraisse que la justice ne se détermine que « par les fins de non-recevoir; et qu'en déclarant les parties non recevables, « elle ajoute toujours, que c'est sans préjudice à elles de se retirer pardevers l'évêque pour réhabiliter leur mariage, si faire se doit. »

363. Tout ce que nous avons dit jusqu'à présent sur la nullité du mariage célébré hors de la présence et sans le consentement du curé des parties, a lieu, quand même le mariage aurait été célébré en pays étranger par des Français, lorsqu'il paraît que c'est en fraude de la loi qu'ils y sont allés. En vain diraient-ils que la forme des contrats se règle par les lois du lieu où ils se passent; que leur mariage ne s'étant pas fait en France, mais en pays étranger, ils n'ont pas été obligés d'observer les lois prescrites en France pour la forme de leur mariage. La réponse est, que la célébration du mariage en face d'église par le propre curé, n'est pas une pure forme d'acte; c'est une obligation que nos lois imposent aux parties qui veulent contracter mariage, à laquelle les parties qui y sont sujettes, ne peuvent se soustraire, en allant en fraude se marier dans un pays étranger [1].

Il en serait autrement d'un mariage qu'un Français qui se trouverait avoir, sans fraude, sa résidence dans un pays étranger, où il n'y a pas d'exercice de la religion catholique, aurait contracté avec une femme catholique, et qui aurait été célébré dans la chapelle d'un ambassadeur catholique par l'aumônier : ce mariage serait valable, n'y ayant pas en ce cas de fraude, et le mariage n'ayant pu être célébré autrement [2].

§ III. *Des peines des prêtres qui célèbrent des mariages sans le consentement par écrit du curé des parties, ou de l'évêque.*

364. Ces peines sont prescrites par l'édit du mois de mars 1697. Il y est dit : « Voulons que si aucuns desdits curés ou prêtres, tant séculiers que régu-

---

cet acte : car la publicité *ex post facto* peut remédier au défaut de publicité concomitante.

Art. 196 : « Lorsqu'il y a possession « d'état, et que l'acte de célébration « du mariage devant l'officier de l'état « civil est représenté, les époux sont « respectivement non recevables à de- « mander la nullité de cet acte. »

[1] *V.* art. 170, C. civ., ci-dessus, p. 29, note 1.

[2] *V.* art. 47 et 48, C. civ.

Art. 47 : « Tout acte de l'état civil « des Français et des étrangers, fait « en pays étranger, fera foi, s'il a été « rédigé dans les formes usitées dans « ledit pays. »

Art. 48 : « Tout acte de l'état civil « des Français en pays étranger, sera « valable, s'il a été reçu, conformé- « ment aux lois françaises, par les « agents diplomatiques ou par les « consuls. »

« liers, célèbrent ci-après sciemment, et avec connaissance de cause, des « mariages entre des personnes qui ne sont pas effectivement de leurs paroisses, « sans en avoir la permission par écrit des curés de ceux qui les contractent, « ou de l'archevêque ou évêque diocésain, il soit procédé contre eux extraor- « dinairement; et qu'outre les peines canoniques que les juges d'église pourront « prononcer contre eux, lesdits curés et autres prêtres, tant séculiers que ré- « guliers, qui auront des bénéfices, soient (par nos juges) privés, pour la pre- « mière fois, de la jouissance de tous les revenus de leurs cures et bénéfices « pendant trois ans, à la réserve de ce qui est absolument nécessaire pour leur « subsistance, ce qui ne pourra excéder la somme de six cents livres dans les « plus grandes villes; celle de trois cents livres partout ailleurs; et que le sur- « plus soit saisi à la diligence de nos procureurs, et distribué en œuvres pies, par « l'ordre de l'évêque diocésain.

« Qu'en cas d'une seconde contravention, ils soient bannis pendant le temps « de neuf ans des lieux que nos juges estimeront à propos.

« Que les prêtres séculiers qui n'auront pas des bénéfices, soient condam- « nés au bannissement pendant trois ans; et en cas de récidive, pendant « neuf ans; et qu'à l'égard des prêtres réguliers [1], ils soient envoyés dans un « couvent de leur ordre, que leur supérieur leur assignera hors des provinces « marquées par les arrêts de nos cours ou les sentences de nos juges, pour y « demeurer renfermés pendant le temps qui leur sera marqué par lesdits ju- « gements, sans y avoir aucune charge, ni fonction, ni voix active et passive. »

365. L'édit ne soumet les curés à ces peines, que lorsqu'ils ont célébré *sciemment et avec connaissance de cause,* le mariage de gens qu'ils savaient n'être pas leurs paroissiens : ils n'y sont pas sujets lorsqu'ils ont été surpris. Mais pour éviter ces surprises, l'édit leur enjoint, lorsqu'ils célèbrent le mariage de personnes qu'ils ne connaissent pas, et qui se disent de leur paroisse, de se faire, avant que de commencer les cérémonies, certifier de leurs demeure, âge et qualité par quatre témoins domiciliés et signandaires, si ce nombre de signandaires peut facilement se trouver sur le lieu, auxquels témoins le curé doit faire signer l'acte de célébration [2].

§ IV. *Si lorsque les parties sont de différentes paroisses, le curé d'une des parties peut valablement célébrer le mariage sans le concours et le consentement du curé de l'autre partie.*

366. Cette question est admirablement traitée dans un mémoire qui se trouve dans le cinquième tome des œuvres de M. d'Aguesseau, dont nous avons déjà rapporté quelque chose, *suprà*, n. 362.

L'auteur du mémoire propose trois cas auxquels le mariage a été célébré par le curé de l'une des parties.

Le premier cas est celui auquel les bans ont été publiés dans les différentes paroisses des deux parties. Il n'y a pas lieu, dit-il, en ce cas à la question. Le curé de l'autre partie est censé avoir suffisamment concouru et donné son consentement au mariage par la publication qu'il a faite des bans, et par le certificat qu'il a donné de cette publication [3].

---

[1] Qui n'ont pas de bénéfices : ceux qui en ont, sont compris dans la précédente disposition, qui prononce la peine de la privation des fruits. (*Note de l'édition de* 1768.)

[2] L'art. 193, C. civ. (*V.* ci-dessus p. 163, note 1), permet d'infliger une amende de trois cents francs à l'officier de l'état civil qui étant incompétent, aurait néanmoins procédé à la célébration du mariage.

[3] *V.* art. 69, C. civ.

Art. 69 : « S'il n'y a point d'opposi- « tion, il en sera fait mention dans « l'acte de mariage ; et si les publica- « tions ont été faites dans plusieurs

Observez, en passant, que le curé qui célèbre le mariage a un très grand intérêt de se faire remettre ce certificat de l'autre curé, par lequel il atteste avoir publié les bans, sans qu'il y ait eu d'opposition; car, s'il y avait des oppositions, le curé qui a célébré, serait, faute de ce certificat, exposé aux dommages et intérêts qui seraient prétendus par ceux qui les ont formées.

Le second cas est celui auquel l'évêque des deux parties leur a donné dispense des trois bans. L'auteur du mémoire convient qu'on peut encore soutenir en ce cas, que le mariage célébré par le curé de l'une des parties, est valable : l'évêque est censé en avoir approuvé la célébration par la dispense des trois bans qu'il a accordée : étant le premier pasteur des deux parties, elles sont censées l'une et l'autre s'être mariées du consentement de leur pasteur.

Le troisième cas est celui auquel les bans n'ont été publiés que dans la paroisse de l'une des parties, dont le curé a célébré le mariage. C'est dans ce cas que l'auteur du mémoire soutient que le mariage célébré par le curé de l'une des parties, est nul par le défaut du concours et du consentement du curé de l'autre partie à ce mariage.

Pour prouver cette thèse, il commence par présupposer que le concile de Trente, et nos rois par leurs ordonnances, « ont eu pour objet d'empêcher « la clandestinité des mariages. Ils ont cru qu'il n'y avait pas de moyen plus « sûr pour y parvenir, que d'établir la nécessité de la présence (ou du con- « sentement) du propre curé. »

Ils ont établi cette présence ou ce consentement, comme une forme et une solennité essentielle, dont l'inobservation rendrait le mariage nul et clandestin.

La clandestinité qui rend nul le mariage fait hors de la présence et sans le consentement du curé des parties, consiste en deux choses ;—1° dans le défaut d'une forme et solennité requise à peine de nullité;—2° dans le préjudice que l'inobservation de cette forme pourrait souvent faire à des tiers, en leur dérobant la connaissance d'un mariage qu'ils peuvent avoir intérêt de savoir et d'empêcher.

Tout ceci présupposé, l'auteur du mémoire entre dans la question, si ces deux caractères de clandestinité ne se rencontrent pas, lorsque le mariage a été célébré par le curé de l'une des parties, sans le concours et le consentement du curé de l'autre partie; et il soutient que l'une et l'autre s'y rencontrent.

1° Le défaut de forme s'y rencontre. La forme qui requiert la présence ou le consentement du curé *des parties*, n'est pas entièrement et suffisamment remplie, quoique le mariage ait été célébré par le curé de l'une des parties, lorsqu'il l'a été sans le concours et consentement du curé de l'autre partie. Il ne faut, pour s'en convaincre, qu'entrer dans l'esprit du concile qui a prescrit cette forme et solennité, que les ordonnances de nos rois ont adoptée.

L'esprit du concile, en prescrivant cette forme, a été de rappeler les chrétiens, sur ce point, à l'ancienne discipline de l'église, suivant laquelle les fidèles ne devaient pas se marier sans avoir auparavant instruit l'église de l'engagement qu'ils entendaient contracter, pour en avoir son avis et son approbation, comme nous l'apprenons de ce passage de Tertullien : *Nuptiæ non priùs apud ecclesiam professæ juxtà mœchiam judicari periclitantur.* C'est en se conformant à l'esprit de cette ancienne discipline, que le concile impose aux fidèles, lorsqu'ils veulent se marier, l'obligation d'instruire de leur mariage l'église particulière dont ils sont membres, au moins en la personne du

---

« communes, les parties remettront un « certificat délivré par l'officier de l'état « civil de chaque commune, constatant « qu'il n'existe point d'opposition. »

curé de cette église, qui en est le chef et qui la représente; et c'est pour cet effet qu'il ordonne que leur mariage sera célébré par le curé, ou de son consentement.

Cette obligation est imposée à l'une et à l'autre des parties : l'une et l'autre des parties doit donc la remplir, pour qu'on puisse dire que la forme prescrite par le concile a été observée. C'est pourquoi, lorsque les parties sont de différentes paroisses, quoique le mariage ait été célébré par le curé de l'une des parties, la forme prescrite par le concile n'est pas remplie, si l'autre partie n'a pas fait concourir son curé à son mariage, en lui faisant publier les bans.

Ce mariage, qui, quoique contracté par le curé de l'une des parties, l'a été à l'insu du curé de l'autre partie, a donc le premier caractère de clandestinité, qui consiste dans l'inobservation de la forme et solennité prescrites pour la célébration des mariages.

Il est encore plus évident que ce mariage renferme le second caractère de clandestinité, qui consiste dans le préjudice que le défaut de forme fait à des tiers auxquels il dérobe la connaissance d'un mariage dont ils avaient intérêt d'être avertis pour l'empêcher : car, quoiqu'il ait été célébré par le curé de l'une des parties, ce n'est pas ordinairement par ce curé, mais par l'autre curé, à l'insu duquel on a affecté de faire le mariage, que ceux qui avaient intérêt d'en être avertis pouvaient l'être, et auxquels par ce moyen on en a dérobé la connaissance.

Supposons qu'un jeune homme, voulant faire un mariage peu convenable ou même honteux avec une fille, ait été marié par le curé de la fille, à l'insu du curé de sa paroisse, où il n'a pas fait publier de bans : quoique ce mariage ait été célébré par le curé de l'une des parties, le jeune homme n'en a pas moins dérobé la connaissance à ses parents, en le faisant à l'insu de son curé, et en ne faisant pas publier de bans dans sa paroisse, ses parents ne pouvant veiller que sur ce qui se passe dans la paroisse du jeune homme, et non sur ce qui se passe dans la paroisse de la fille, qu'ils ne connaissent pas.

M. d'Aguesseau combat ensuite la distinction qu'on voudrait faire à cet égard, entre le mariage des mineurs et celui des majeurs. On convient assez que lorsque les parties sont mineures, ou l'une d'elles, le mariage, quoique célébré par le curé de l'une des parties, est nul, lorsqu'il a été fait à l'insu, et sans le concours du curé de la partie mineure; mais lorsque les parties sont l'une et l'autre majeures, on doit, dit-on, décider autrement.

Voici comme les partisans de cette distinction tâchent de l'établir. Lorsque le mariage a été célébré par le curé de l'une des parties, le concours et consentement du curé de l'autre partie consiste dans la publication des bans qu'a faite l'autre curé, et dans le certificat qu'il a donné de cette publication; or, le défaut de publication de bans, suivant la jurisprudence des arrêts, ne fait pas une nullité à l'égard du mariage des majeurs : donc lorsqu'un mariage de majeurs a été célébré par le curé de l'une des parties, le défaut de concours du curé de l'autre partie ne doit pas faire une nullité.

M. d'Aguesseau répond à ce raisonnement, qu'on y confond mal à propos la formalité de faire précéder le mariage par une proclamation de bans, et celle de l'obligation qui est imposée à chacune des parties contractantes, de faire intervenir à leur mariage le consentement de leur curé. Ce sont deux formalités différentes; et si l'on peut quelquefois passer par-dessus l'inobservation de la première, il ne s'ensuit pas qu'on puisse pareillement passer par-dessus l'inobservation de l'autre. On convient que, lorsque l'une et l'autre partie ont satisfait à la formalité de faire intervenir à leur mariage le consentement de leur curé, en le faisant célébrer par leur curé commun, on passe par-dessus l'omission de la formalité de la publication des bans qui devait précéder, le mariage ayant été contracté entre majeurs, et ayant été public : mais il y a une grande différence entre cette formalité, qui n'est qu'un préalable au mariage, et la forme à laquelle chacune des parties est assujettie de faire

intervenir le consentement de son curé ou de l'évêque, laquelle forme est une forme du mariage même, sans laquelle il ne peut être valable. C'est pourquoi, lorsque les parties sont de différentes paroisses, le mariage, quoique célébré par le curé de l'une des parties, est nul, si le curé de l'autre partie n'y a pas concouru, soit en publiant des bans, soit de quelque autre manière que ce soit, quand même les parties seraient majeures ; le concile et les ordonnances de nos rois, qui ont adopté sa disposition, n'ayant fait à cet égard aucune distinction entre les majeurs et les mineurs.

M. d'Aguesseau combat ensuite un autre raisonnement des partisans de la distinction entre le mariage des mineurs et celui des majeurs, par rapport à cette formalité. Ce raisonnement consiste à dire, que les tiers ne souffrent aucun préjudice de ce que le mariage ayant été célébré à l'insu du curé de l'une des parties, la connaissance leur en a été dérobée : car, dit-on, ils n'avaient aucun intérêt d'en être instruits, puisque, quand même ils l'eussent été, ils n'auraient pu l'empêcher, les majeurs n'ayant pas besoin pour se marier, du consentement de leurs parents.

A cela, M. d'Aguesseau répond, que quoiqu'il ne soit pas au pouvoir des parents des majeurs de former un obstacle insurmontable au mariage qu'ils se proposent de faire, ils ont néanmoins un très grand intérêt d'en être avertis, parce qu'en étant instruits, ils peuvent souvent, par le retard qu'ils apportent au mariage, et par leurs remontrances, faire ouvrir les yeux à la partie qui se proposait de faire un mariage peu convenable, et la déterminer à ne le pas faire.

D'ailleurs, l'intérêt qu'ont les familles d'être averties du mariage de leurs parents n'est qu'une raison accessoire à l'obligation imposée aux parties de ne se pas marier à l'insu de leur curé. La forme prescrite par le concile et par les ordonnances, de célébrer le mariage en la présence ou du consentement du curé, laquelle est prescrite aux deux parties, a un autre fondement principal, que nous avons rapporté ci-dessus. C'est pourquoi, quand même l'intérêt qu'ont les familles d'être averties du mariage, ne se rencontrerait pas, l'inobservation de cette forme ne laisse pas de devoir faire déclarer nul un mariage auquel, quoiqu'il ait été célébré par le curé de l'une des parties, le curé de l'autre partie n'a pas concouru, sans qu'on doive à cet égard faire aucune distinction entre le mariage des majeurs et celui des mineurs ; le concile et les ordonnances de nos rois qui ont prescrit cette forme n'ayant fait aucune distinction.

Il faut lire le mémoire fait sur cette question, dans le cinquième tome des œuvres de M. d'Aguesseau. L'analyse que nous venons d'en faire, n'a pu qu'affaiblir la force et l'énergie des moyens qu'il contient.

ART. III. — Si la célébration du mariage peut se faire par procureur.

367. Pour que la célébration du mariage en face d'église soit valable, il n'est pas nécessaire que les parties contractantes fassent par elles-mêmes cette célébration : elles peuvent la faire valablement par procureur, pourvu que les trois conditions requises par la décrétale de Boniface VIII, rapportée cap. fin. *de Procurat.*, in 6°, concourent.

Il faut, 1° que le procureur ait une procuration spéciale pour épouser une *telle* personne. Un procureur à qui j'aurais donné pouvoir d'épouser en mon nom *telle personne qu'il jugerait à propos*, ne pourrait valablement en épouser pour moi aucune.

Il faut, 2° que le procureur à qui j'ai donné pouvoir d'épouser une personne en mon nom, le fasse par lui-même : il ne peut pas substituer une autre personne pour le faire en sa place, à moins que, par une clause expresse de ma procuration, je ne lui eusse donné le pouvoir de substituer un autre.

Il faut : 3° que la procuration n'ait point été révoquée avant la célébration. Si elle avait été révoquée avant la célébration, le mariage ne serait pas valablement contracté, quand même, lors de la célébration, mon procureur, et la personne qu'il a épousée en mon nom, auraient ignoré et n'auraient pu savoir cette révocation.

En cela le mariage est différent des autres contrats, auxquels on donne effet contre le mandant, lorsque son procureur, et celui avec qui son procureur a contracté, ont contracté de bonne foi, dans l'ignorance de la révocation du mandat ; L. 15, ff. *Mand.* La raison de différence est, que le consentement des parties est tellement de l'essence du mariage au temps auquel il se contracte, que, lorsqu'il a cessé par la révocation de la procuration, quoique ignorée, il ne peut pas se suppléer, pour quelque cause que ce soit.

Lorsque ces trois conditions concourent, le mariage célébré par procureur est valablement contracté ; et quoique les parties réitèrent depuis par elles-mêmes la cérémonie de la célébration de leur mariage, ce n'est point la réitération de cette cérémonie, c'est la célébration qui a été faite par procureur, qui donne au mariage sa perfection. Henri IV, après avoir épousé par procureur Marie de Médicis, consomma à Lyon son mariage, avant la réitération de la cérémonie [1].

CHAPITRE II.

Des choses requises pour la célébration des mariages, dont l'inobservation n'emporte pas la nullité du mariage.

368. 1° Lorsqu'il y a une ou plusieurs oppositions faites à des bans de mariage, le curé doit surseoir à la célébration du mariage, jusqu'à ce qu'on lui ait rapporté la mainlevée des oppositions [2].

Néanmoins lorsqu'il a passé outre, l'inobservation de cette règle n'empêche pas le mariage d'être valable [3].

Il est valable, quand même l'opposition à laquelle le curé n'a pas eu d'égard, serait bien fondée ; *putà,* si elle avait été faite par une personne à qui l'une des parties avait été fiancée : car l'empêchement qui résulte des fiançailles avant leur dissolution, n'est, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 88, qu'un empêchement purement prohibitif, et non dirimant, qui par conséquent n'empêche pas la validité du mariage que la partie a contracté au préjudice de cet empêchement, et de l'opposition fondée sur cet empêchement.

Le mariage célébré au préjudice des oppositions dont il n'y a pas eu de mainlevée, quelles que soient ces oppositions, est valable à la vérité ; mais le curé qui a contrevenu à la règle en célébrant ce mariage, peut être, à la requête du promoteur, poursuivi devant l'official pour la peine canonique, qui est dans ce cas une suspense *à divinis* pour trois ans ; can. *Quum inhibitio*, vers. *Sanè*, Extr. *de Cland. despons.*

Il peut aussi être poursuivi devant le juge séculier par les parties qui ont

---

[1] Le Code dans l'art. 75, C. civ. (*V.* ci-dessus, p. 160, note 2), exige la présence des parties elles-mêmes, d'où l'on conclut avec raison que le mariage ne peut plus se célébrer par procureur.

[2] Art. 69, C. civ. (*V.* ci-dessus p. 165, note 3.)

[3] Il faut cependant distinguer, car l'opposition pourrait avoir pour cause un empêchement dirimant, cas auquel le mariage ne serait point valable.

fait l'opposition, et ce juge peut le punir par une condamnation d'amende, et de dommages et intérêts.

Lorsque c'est le vicaire ou le prêtre commis pour la célébration des mariages, qui a célébré le mariage avant la mainlevée des oppositions, ce n'est pas en ce cas le curé, mais le prêtre qui a célébré le mariage sans se faire rapporter la mainlevée des oppositions, qui est sujet à ces peines.

Si ce n'était pas entre les mains du curé qui a célébré le mariage, mais entre les mains de l'autre curé qui a donné un faux certificat qu'il n'y avait pas d'opposition, ce ne serait pas le curé qui a célébré le mariage, mais celui qui a donné le faux certificat, qui serait sujet à ces peines[1].

369. Quoiqu'il n'y ait aucune opposition, les rituels de plusieurs diocèses portent que le mariage ne peut être célébré le jour du premier ban ; ce qui a été ainsi ordonné, tant afin que ceux qui ont connaissance de quelque empêchement, aient le temps d'en avertir le curé, que pour que ceux qui ont quelque opposition à former, aient le temps de la faire.

Les curés dans ces diocèses doivent se conformer à cette discipline ; et s'ils y contreviennent, ils peuvent être poursuivis à la requête du promoteur ; mais l'inobservation ne fait aucun obstacle à la validité du mariage[2].

370. 2° Une autre chose qui doit être observée par les curés, à l'égard de la célébration des mariages, et dont l'inobservation ne rend pas le mariage nul, est qu'ils ne doivent pas les célébrer dans les temps défendus, sans y être autorisés par une dispense de l'évêque.

C'est une discipline très ancienne dans l'église, de ne pas permettre la célébration des mariages dans certains temps de l'année consacrés à la pénitence, surtout dans le saint temps de carême.

Cette discipline, dont on ne voit pas le commencement, et qui remonte vraisemblablement aux temps apostoliques, se trouve établie par les canons de quelques-uns des plus anciens conciles.

Celui de Laodicée, tenu dans le quatrième siècle, l'an 368, l'un des plus anciens dont nous ayons les canons, dit : *Non oportet in Quadragesimâ aut nuptias vel quælibet natalitia celebrare*; can. 52.

On trouve dans Gratien, caus. 33, quæst. 4, can. 10; dans Yves de Chartres, lib. 6, cap. 2, et dans Burchard, un canon qu'ils attribuent à un concile de Lérida, qui est conçu en ces termes : *Non oportet in Quadragesimâ usque ad octavam Paschæ, et tribus hebdomadibus ante festivitatem S. Joannis-Baptistæ, et ab Adventu Domini usque ad Epiphaniam, nuptias celebrare : quod si factum fuerit, separentur.*

Quoique ce canon ne se trouve pas parmi les canons du concile de Lérida, tenu l'an 524, et qu'il soit incertain quel est le concile d'où il est tiré, il prouve toujours que c'était la discipline observée dans l'église au temps de ces auteurs, et que ces auteurs la regardaient comme très ancienne.

Les temps auxquels, outre le carême, il était défendu de célébrer les mariages, étaient différents, selon les usages des différentes églises. Il était d'u-

---

[1] L'officier de l'état civil aurait en ce cas commis le crime de faux dans l'exercice de ses fonctions, et l'article 146 du Code pénal lui serait conséquemment applicable.

Art. 146 : « Sera aussi puni des travaux forcés à perpétuité, tout fonctionnaire ou officier public qui, en rédigeant des actes de son ministère, en dénaturant frauduleusement la substance ou les circonstances, soit en écrivant des conventions autres que celles qui auraient été tracées ou dictées par les parties, soit en constatant comme vrais des faits faux, ou comme avoués des faits qui ne l'étaient pas. »

[2] Art. 64, C. civ., V. ci-dessus, p. 27, note 1, et 192, C. civ. V. ci-dessus, p. 28, note 1.

sage dans certaines églises de se préparer à la fête de saint Jean-Baptiste par un temps de jeûne, pendant lequel la célébration des mariages était défendue, comme pendant le grand carême.

En Angleterre, les mariages étaient défendus dans les grandes solennités, aux jours des jeûnes des quatre-temps, depuis l'Avent jusqu'à l'octave de Noël, et depuis la Septuagésime jusqu'à la quinzaine d'après Pâques. C'est ce que nous trouvons dans le concile *Ænhamense*, tenu vers l'an 1009, can. 18.

Le concile de Trente a établi à cet égard une discipline générale et uniforme.

Suivant cette discipline, à laquelle celle de l'église de France est sur ce point conforme, la célébration des mariages est défendue pendant l'Avent jusqu'à l'Epiphanie, et depuis le mercredi des cendres jusqu'après l'octave de Pâques; et elle est permise dans tous les autres temps; sess. 24, *de Reform. matrim.*, cap. 10.

Le canon 5 du concile de Reims, tenu en 1564, est entièrement conforme à cette discipline.

Depuis, les conciles de Rouen, tenus en 1681, ceux de Reims, de Bordeaux, de Tours, tenus en 1583, ont confirmé cette discipline. Il s'était répandu dans quelques provinces une opinion populaire, « que le jour de la fête de saint Joseph devait être excepté de la défense de célébrer les mariages en carême »; un concile de Bordeaux, tenu en 1624, au titre *de Matrimonio*, art. 5, déclare qu'il n'en est pas excepté.

371. Cette défense de célébrer les mariages pendant ces temps consacrés à la pénitence et à la prière, est très conforme à l'esprit de l'église. C'est par ce même esprit que l'église ne permettait pas autrefois aux personnes soumises à la pénitence publique, l'usage du mariage pendant le temps de leur pénitence. C'est par le même esprit qu'elle a toujours exhorté, et qu'elle exhorte encore aujourd'hui les personnes mariées, à s'abstenir, par un consentement mutuel, pendant ces saints temps, de l'usage du mariage, et qu'elle a pour cet effet choisi pour l'épître de la messe du mercredi des cendres, une leçon du prophète Joël, où il dit : *Egrediatur sponsus de cubili suo, et sponsa de thalamo suo.*

Le concile de Rouen regardait cette défense comme si importante, qu'il va jusqu'à dire que les évêques n'ont pas le pouvoir d'en accorder dispense : *Contrà quos dies non est potestas episcopis dispensandi*; tit. *de Matrim.*, art. 9.

Un curé pécherait donc très grièvement, et il devrait être puni très sévèrement par le supérieur ecclésiastique, si, contre la défense de l'église, il célébrait un mariage dans les temps défendus, sans une dispense de l'évêque ou de ses vicaires généraux; mais le mariage, quoique célébré dans les temps défendus, ne laisserait pas d'être valable, cette défense étant une des choses dont l'inobservation ne rend pas nul le mariage [1].

Il serait à souhaiter que ces saintes règles de l'église fussent plus respectées qu'elles ne le sont, et que la dispense ne s'en accordât pas avec la scandaleuse facilité avec laquelle elle s'accorde dans plusieurs diocèses. Mais, quelque sensible que soit à un bon curé la plaie faite à la discipline de l'église par ces dispenses, lorsque les parties lui apportent la dispense du supérieur ecclésiastique, il doit célébrer le mariage dans les temps défendus; car il ne doit pas se rendre juge du jugement qu'a porté son supérieur en accordant la dispense. D'ailleurs son supérieur peut avoir eu de bonnes raisons pour l'accorder, dont il n'est pas obligé de rendre compte, et le curé doit lui obéir dans ce qui n'est pas contraire à la loi de Dieu.

---

[1] Toutes ces défenses sont étrangères à nos lois actuelles.

272. 3° Une troisième chose que les curés sont obligés d'observer pour la célébration des mariages, et dont l'inobservation ne rend pas le mariage nul, c'est de ne pas célébrer le mariage, sans une dispense de l'évêque ou de son vicaire général, aux heures auxquelles la loi du diocèse le défend.

Le concile de Sens défend de célébrer les mariages [1], *nisi post ortum solem, et illucescentem diem;* can. 39.

273. 4° Enfin le curé doit, dans la célébration du mariage, observer toutes les cérémonies et réciter toutes les prières qui sont prescrites par le rituel du diocèse. Mais l'omission de ces cérémonies ou prières ne rend pas le mariage nul : le curé qui les a omises est seulement sujet en ce cas à être puni par le supérieur ecclésiastique.

CHAPITRE III.

De l'acte qui doit être dressé pour établir la preuve du mariage.

274. Suivant l'ordonnance de 1667, tit. 20, art. 8, et la déclaration du roi du 9 avril 1736, les curés doivent avoir chacun dans leur paroisse un double registre pour y inscrire les actes de baptêmes, sépultures et mariages. Ils doivent faire coter et parapher l'un et l'autre exemplaire, par première et dernière page, par le juge royal du lieu. L'un des exemplaires lui doit rester, et l'autre être envoyé, après l'année révolue, au greffe de la justice royale, où il doit rester en dépôt [2].

Après la mort du curé, le juge doit apposer les scellés sur ces registres, qui doivent être remis à son successeur, qui doit s'en charger.

275. Le curé ou autre prêtre qui célèbre un mariage, doit, après qu'il l'a célébré, inscrire sur-le-champ l'acte de célébration sur ce double registre. Cet acte doit contenir les noms, surnoms, âges, demeures et qualités des parties contractantes, et il doit faire mention s'ils sont enfants de famille, ou sous puissance de tuteurs, ou en leurs droits.

Il doit aussi faire mention des témoins en présence desquels il a été célé-

---

[1] Le Code exigeant que le mariage soit célébré *publiquement* (art. 165 *V.* ci dessus, p. 29, note 3), prohibe par conséquent la célébration à une heure insolite et de nuit.

[2] *V.* art. 40, 41, 42, 43, 44, C. civ.

Art. 40 : « Les actes de l'état civil « seront inscrits, dans chaque commu- « ne, sur un ou plusieurs registres te- « nus doubles. »

Art. 41. : « Les registres seront co- « tés par première et dernière, et pa- « raphés sur chaque feuille, par le pré- « sident du tribunal de première in- « stance, ou par le juge qui le rempla- « cera. »

Art. 42 : « Les actes seront inscrits « sur les registres, de suite, sans aucun « blanc. Les ratures et les renvois se- « ront approuvés et signés de la même « manière que le corps de l'acte. Il n'y « sera rien écrit par abréviation, et « aucune date ne sera mise en chif- « fres. »

Art. 43 : « Les registres seront clos « et arrêtés par l'officier de l'état civil, « à la fin de chaque année ; et dans « le mois, l'un des doubles sera dépo- « sé aux archives de la commune, l'au- « tre au greffe du tribunal de première « instance. »

Art. 44 : « Les procurations et les « pièces qui doivent demeurer an- « nexées aux actes de l'état civil, se- « ront déposées, après qu'elles auront « été paraphées par la personne qui « les aura produites, et par l'officier « de l'état civil, au greffe du tribunal, « avec le double des registres dont le « dépôt doit avoir lieu audit greffe. »

bré, qui doivent être au moins quatre, qui sachent signer, qui aient les qualités requises pour être témoins dans les actes publics, c'est-à-dire qui soient mâles, âgés de vingt ans au moins, domiciliés, jouissant de l'état civil, et non notés d'infamie. Il doit aussi déclarer s'ils sont parents des parties contractantes, et à quel degré.

Enfin, il doit faire signer l'acte par les parties contractantes, ou faire mention qu'elles ne savent pas signer. Il doit aussi le faire signer par les témoins, et le signer lui-même[1].

376. Cet acte est un acte public. Le curé ou le prêtre qui tient sa place, fait en cela une fonction publique que nos lois lui attribuent; et comme elle appartient à l'ordre civil, il en est comptable au juge séculier.

Quoique les religieux aient perdu l'état civil, et soient en conséquence incapables de toutes fonctions civiles, et à plus forte raison des fonctions publiques, néanmoins un religieux curé est dans sa paroisse compétent pour faire ces actes; car sa qualité de curé lui rend l'état civil, seulement quant aux droits et fonctions qui dépendent de cette qualité.

Il en est de même d'un religieux commis par l'évêque pour le desservissement d'une cure.

377. S'il s'était glissé quelque erreur dans l'acte de célébration de mariage, le curé ne pourrait pas de son autorité la réformer: lorsque l'acte est une fois achevé, il ne peut y toucher, ni y rien changer. On doit pour la réformation, se pourvoir devant le juge royal du lieu, qui, après avoir ouï sommairement les témoins nécessaires pour la justification de l'erreur qui s'est glissée dans l'acte, dont il fait rédiger un procès-verbal, rend son ordonnance pour la réformation. Le curé à qui cette ordonnance est apportée par la partie qui l'a obtenue, doit la transcrire, au moins par extrait, en marge de l'acte[2].

378. Ce sont ces actes qui sont la preuve des mariages, et qui établissent les parentés qui en naissent. Néanmoins s'il était constaté que les registres ont été perdus, ou que le curé n'en a pas tenu, la preuve en ce cas pourrait s'en faire tant par témoins que par les registres et papiers domestiques des père et mère décédés[3]; ordonnance de 1667, tit. 20, art. 14.

La raison est, que le mariage étant parfait par le consentement que les parties se donnent en présence de leur curé avant que l'acte ait été rédigé, il s'ensuit qu'il n'est pas de l'essence du mariage, et qu'il n'est requis que pour la preuve du mariage. Lorsque la preuve que fait cet acte, devient impossible, il est juste d'avoir recours à des preuves d'une autre nature.

---

[1] Art. 76, C. civ. *V.* ci-dessus, p. 160, note 2; 38 et 39, C. civ.

Art. 38: « L'officier de l'état civil « donnera lecture des actes aux par- « ties comparantes, ou à leur fondé « de procuration, et aux témoins. — Il « sera fait mention de l'accomplisse- « ment de cette formalité. »

Art. 39: « Ces actes seront signés « par l'officier de l'état civil, par les « comparants et les témoins; ou men- « tion sera faite de la cause qui em- « pêchera les comparants et les té- « moins de signer. »

[2] *V.* art. 99 et 101, C. civ.

Art. 99: « Lorsque la rectification « d'un acte de l'état civil sera deman- « dée, il y sera statué, sauf l'appel, « par le tribunal compétent, et sur les « conclusions du procureur du Roi. « Les parties intéressées seront appe- « lées, s'il y a lieu. »

Art. 101: « Les jugements de rec- « tification seront inscrits sur les re- « gistres par l'officier de l'état civil, « aussitôt qu'ils lui auront été remis; « et mention en sera faite en marge de « l'acte réformé. »

[3] *V.* art. 194, ci-après, et 46, C. civ. *V.* ci-dessus, p. 46, note 2.

Art. 194: « Nul ne peut réclamer « le titre d'époux et les effets civils du « mariage s'il ne présente un acte de « célébration inscrit sur le registre de « l'état civil; sauf les cas prévus par l'art. « 46, au titre des *Actes de l'état civil*. »

CINQUIÈME PARTIE.

DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT DU MARIAGE ; ET DES EFFETS CIVILS QU'IL PRODUIT.

CHAPITRE PREMIER.

Des obligations qui naissent du mariage.

ART. 1er. — Des obligations que les personnes qui se marient contractent l'une envers l'autre par le mariage.

379. Les personnes qui se marient, contractent par le mariage, réciproquement l'une envers l'autre, l'obligation de vivre ensemble dans une union perpétuelle et inviolable, pendant tout le temps que durera le mariage, qui ne doit finir que par la mort de l'une des parties ; et en conséquence, de se regarder réciproquement comme n'étant en quelque façon qu'une même personne : *Erunt duo in carne unâ*[1].

§ 1er. *Obligations du mari.*

380. Le mari est obligé en conséquence, de recevoir chez lui sa femme, de l'y traiter maritalement ; c'est-à-dire, de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son *état*[2]. Il est obligé d'aimer sa femme, de supporter ses défauts, de faire de son mieux pour les corriger par les voies de douceur ; d'avoir pour elle une complaisance raisonnable, sans néanmoins favoriser ses mauvaises inclinations. Lorsque ni lui ni sa femme n'ont pas de biens pour se procurer les choses nécessaires à la vie, il est obligé de travailler aux ouvrages auxquels il est propre, pour lui gagner sa vie autant que pour gagner la sienne. Enfin il est obligé envers sa femme au devoir conjugal, lorsqu'elle le lui demande, et à n'avoir commerce charnel avec aucune autre femme, contre la foi qu'il lui a donnée.

381. De l'obligation que contracte le mari envers sa femme de la recevoir chez lui, et de l'y traiter maritalement, naît une action civile que la femme, lorsque son mari l'a chassée de chez lui, et refuse de l'y recevoir, peut intenter en justice contre lui pour l'y faire condamner. Si le mari refusait d'obéir à

---

[1] *V.* art. 212, C. civ.

Art. 212 : « Les époux se doivent « mutuellement fidélité, secours, assi- « stance. »

[2] *V.* art. 213 et 214, C. civ.

Art. 213 : « Le mari doit protection « à sa femme, la femme obéissance à « son mari. »

Art. 214 : « La femme est obligée « d'habiter avec le mari, et de le suivre « partout où il juge à propos de rési- « der : le mari est obligé de la rece- « voir, et de lui fournir tout ce qui « est nécessaire pour les besoins de « la vie, selon ses facultés et son « état. »

la sentence qui l'y aurait condamné, la femme serait fondée à demander que le juge décernât contre le mari un exécutoire d'une somme d'argent, telle que le juge estimerait convenable, au paiement de laquelle il serait contraint, faute d'obéir à la sentence.

Ce refus pourrait aussi servir de fondement à une demande en séparation d'habitation, si la femme jugeait à propos de l'intenter[1].

Les autres obligations du mari envers sa femme, que nous avons rapportées, concernent plutôt le for de la conscience que le for extérieur.

§ II. *Obligations de la femme.*

382. La femme, de son côté, contracte envers son mari l'obligation de le suivre partout où il jugera à propos d'établir sa résidence ou sa demeure, pourvu néanmoins que ce ne soit pas hors du *royaume*[2]. Elle doit l'aimer, lui être soumise, lui obéir dans toutes les choses qui ne sont pas contraires à la loi de Dieu, et supporter ses défauts; travailler de tout son pouvoir au bien commun du ménage. Enfin elle est obligée envers son mari au devoir conjugal, lorsqu'il le demande; à n'avoir de commerce charnel avec un autre homme, contre la foi qu'elle a donnée à son mari, et à n'accorder aucunes faveurs de cette espèce.

383. De l'obligation que la femme contracte par le mariage de suivre son mari, naît une action que le mari a droit de former en justice contre sa femme lorsqu'elle l'a quitté, pour la faire condamner à retourner avec lui. La femme ne peut rien opposer pour se défendre de cette demande. Par exemple, elle n'est pas écoutée à opposer que l'air du lieu où est son mari est contraire à sa santé; qu'il y règne des maladies contagieuses. Elle ne l'est pas même à alléguer les mauvais traitements qu'elle prétendrait que son mari aurait exercés sur elle, à moins qu'elle n'eût donné une demande en séparation d'habitation, pour raison desdits mauvais traitements.

Le mari a non-seulement action contre sa femme pour la faire condamner à retourner chez lui, il a aussi action contre les personnes chez qui sa femme s'est retirée, quelles que soient ces personnes, fût-ce le père ou la mère de sa femme, pour les faire condamner à la renvoyer.

ART. II. — Des obligations que le mariage produit dans les père et mère envers les enfants qui en naissent, et de celles qu'il produit dans les enfants envers leurs père et mère.

§ Ier. *Obligations des père et mère.*

384. Les personnes qui se marient, contractent par le mariage une obligation mutuelle d'élever les enfants qui naîtront de leur mariage; de leur fournir les aliments nécessaires, et de leur donner une éducation convenable, jusqu'à ce qu'ils soient en état de pourvoir par eux-mêmes à leur subsistance. S'il se trouvait des père et mère qui fussent assez dénaturés pour manquer à ce devoir, le ministère public, sur la dénonciation des parents, pourrait les poursuivre, pour, après information des mauvais traitements, et du refus des

---

[1] Souvent ce moyen est employé pour arriver à la séparation de corps, d'un commun accord.

[2] Pourquoi donc cette restriction : *pourvu que ce ne soit pas hors du royaume?* Le Code dit que la femme est obligée d'habiter avec le mari et de le suivre *partout* où il juge à propos de *résider*; art. 214, C. civ., V. ci-dessus, p. 174, note 2.—Il faut cependant excepter le cas où des lois spéciales prohiberaient l'émigration.

choses nécessaires, faire ordonner par le juge ce qu'il estimerait convenable d'ordonner [1].

Les mauvais traitements peuvent quelquefois être si grands, et le refus des choses nécessaires porté à un tel point, qu'il serait dangereux de renvoyer les enfants chez les père et mère. Le juge peut en ce cas en confier l'éducation à quelque personne de la famille, et condamner les père et mère à payer la pension.

385. Quoique l'obligation des père et mère cesse, lorsque les enfants sont parvenus à l'âge de pourvoir par eux-mêmes à leurs besoins, néanmoins lorsqu'un enfant qui est parvenu à cet âge, se trouve depuis tombé dans l'indigence, et que ses infirmités ne lui permettent pas de pouvoir par son travail se procurer ses aliments, l'obligation des père et mère renaît ; et sur la demande que cet enfant peut en ce cas former contre eux, ils doivent être condamnés à lui fournir les aliments nécessaires, selon leur moyen : *Pius ità rescripsit: Aditi judices ali te à patre tuo jubebunt pro modo facultatum ejus, si modò quum opificem te esse dicas, in eâ valetudine es, ut operi sufficere non possis* ; L. 5, § 7, ff. *de Agnosc. et alend. lib.*

Un enfant est reçu à cette demande, quand même ses père et mère lui auraient donné une somme d'argent ou d'autres choses, pour se former un établissement, qu'il aurait dissipées par sa mauvaise conduite ; son état présent d'indigence est suffisant pour fonder sa demande.

Il n'y a qu'une offense considérable que l'enfant aurait commise envers ses père et mère, du nombre de celles pour lesquelles les lois prononcent la peine de l'exhérédation, qui puisse dans le for extérieur rendre l'enfant non recevable dans cette demande [2]; *eâd.* L. 5, § 11 : mais, même dans ce cas, selon le for de la conscience, ils ne peuvent pas refuser à leurs enfants les aliments nécessaires ; ce serait se rendre en quelque façon coupable d'homicide devant Dieu : *Necare videtur et is qui alimenta denegat* ; L. 4, ff. *eod. tit.*

386. Cette obligation de fournir aux enfants les aliments nécessaires, est une charge de la communauté de biens, tant qu'il y en a une qui subsiste entre le père et la mère. Lorsqu'il y a séparation de biens, chacun y doit contribuer pour moitié, s'ils en ont l'un et l'autre le moyen ; sinon, celle des deux parties qui a le moyen, en est tenue seule pour le total.

387. L'obligation des père et mère envers leurs enfants, s'étend aussi à leurs petits-enfants : mais elle n'est que subsidiaire ; c'est-à-dire qu'elle n'a lieu que dans le cas auquel ces petits-enfants n'auraient ni père ni mère qui fussent en état de subvenir à leurs besoins.

388. Une autre obligation des père et mère envers leurs enfants, est celle de leur laisser une certaine portion des biens de leur succession, qu'on ap-

---

[1] *V.* art. 203, C. civ.

Art. 203 : « Les époux contractent « ensemble, par le fait seul du maria- « ge, l'obligation de nourrir, entre- « tenir et élever leurs enfants.

[2] Nous n'avons plus d'exhérédation. Le Code énumère (art. 727, C. civ.) les causes qui rendent indignes de succéder : ces mêmes causes privent-elles du droit de réclamer des aliments? nous ne le croyons pas : le droit de succéder, et le droit de demander des aliments, sont fort différents tant dans leur cause que dans leur objet, et l'on ne doit pas conclure de l'un à l'autre.

Art. 727 : « Sont indignes de succé- « der, et, comme tels, exclus des suc- « cessions, — 1° Celui qui serait con- « damné pour avoir donné ou tenté de « donner la mort au défunt ; — 2° Celui « qui a porté contre le défunt une ac- « cusation capitale jugée calomnieuse ; « — 3° L'héritier majeur qui, instruit « du meurtre du défunt, ne l'aura pas « dénoncé à la justice. »

pelle *la légitime*, s'ils ne la leur ont déjà donnée de leur vivant en avancement de leur succession [1].

§ II. *Obligations des enfants.*

389. Les enfants sont obligés, de leur côté, d'aimer et d'honorer leurs père et mère, de leur obéir, et de les assister dans leurs besoins, selon leurs moyens [2].

L'obéissance que les enfants doivent à leurs père et mère, est sans bornes, tant que dure la puissance paternelle. Ils doivent pendant ce temps obéir à leurs père et mère dans toutes les choses qu'ils leur commandent, pourvu que ce qu'ils leur commandent ne soit pas contraire à la loi de Dieu. Mais lorsque les enfants sont sortis de la puissance paternelle, qui finit, dans le pays coutumier, par la majorité des enfants, ou par le mariage qu'ils ont contracté de leur consentement, en ce cas, ils peuvent vivre dans l'indépendance de leurs père et mère, pourvu qu'ils ne s'écartent pas du respect qu'ils leur doivent, et qu'ils aient une complaisance raisonnable pour leurs volontés.

Les devoirs des enfants envers leurs père et mère, les obligent à ne point contracter mariage sans leur consentement ; et quoique, lorsqu'ils ont atteint l'âge prescrit par les lois, il leur suffise de le requérir, et qu'ils puissent, lorsqu'ils l'ont requis dans les formes, se marier impunément dans le for extérieur, sans l'avoir obtenu; néanmoins, selon les règles du for de la conscience, ils ne doivent pas le faire sans de très grandes raisons, surtout lorsqu'ils sont à portée de faire un mariage convenable avec quelque autre personne qui serait agréable à leurs père et mère. Les devoirs naturels de déférence dont les enfants sont tenus envers eux, s'étendent jusque-là.

390. De l'obligation en laquelle sont les enfants d'assister leurs père et mère dans leurs besoins, lorsqu'ils en ont le moyen, naît une action que les père et mère qui sont dans l'indigence, peuvent former en justice contre leurs enfants, pour les faire condamner à leur fournir les aliments dont ils ont besoin : *Iniquissimum enim quis meritò dixerit, patrem egere quum filius sit in facultatibus* ; *eod. tit.* ff. L. 5, § 13.

La corruption des mœurs, qui est allée toujours en croissant, et qui est aujourd'hui parvenue à son comble, rend, à la honte de l'humanité, très fréquentes au palais ces demandes, qui autrefois y étaient inouïes.

Pour qu'elles procèdent, il faut que deux choses concourent :—1° il faut que les père et mère soient sans bien, et hors d'état de pouvoir, par leur travail ou leur industrie, se procurer les aliments nécessaires ;—2° il faut que les enfants soient en état de les leur fournir [3].

De là il suit que, lorsqu'un père et une mère qui ont un peu de bien, qu'ils prétendent n'être pas suffisant pour les faire vivre, demandent à leurs enfants des aliments, il faut, pour qu'ils soient écoutés dans cette demande, qu'ils offrent

---

[1] Aujourd'hui la réserve. *V.* art. 913, C. civ.

Art. 913 : « Les libéralités, soit par « actes entre-vifs, soit par testament, « ne pourront excéder la moitié des « biens du disposant, s'il ne laisse à « son décès qu'un enfant légitime ; le « tiers, s'il laisse deux enfants ; le « quart, s'il en laisse trois ou un plus « grand nombre. »

[2] *V.* art. 371 et 205, C. civ.

Art. 371 : « L'enfant, à tout âge, « doit honneur et respect à ses père et « mère. »

Art. 205 : « Les enfants doivent des « aliments à leurs père et mère et au- « tres ascendants qui sont dans le be- « soin. »

[3] *V.* art. 208, C. civ., qui consacre les mêmes principes.

Art. 208 : « Les aliments ne sont ac- « cordés que dans la proportion du be- « soin de celui qui les réclame, et de « la fortune de celui qui les doit. »

d'abandonner à leurs enfants ce peu de bien qui leur reste, à l'exception des meubles nécessaires pour leur usage ; à la charge par leurs enfants d'acquitter, jusqu'à concurrence desdits biens abandonnés, les dettes par eux contractées jusqu'à l'abandon qu'ils en font [1].

Sur cette demande, les enfants, lorsqu'ils sont en état de payer une pension à leurs père et mère, doivent être condamnés à la leur payer par quartiers et par avance : le juge doit arbitrer cette pension, eu égard aux facultés des enfants, à la condition des père et mère, et à l'état de leurs infirmités.

391. Lorsque les enfants ne sont pas assez à leur aise pour pouvoir payer une pension à leurs père et mère ; si ces enfants tiennent un ménage, ils doivent être condamnés à recevoir en leur maison leurs père et mère, et à les admettre à leur table et à leur feu, et à avoir pour eux les égards et les soins qui leur sont dus [2].

Lorsqu'il y a plusieurs enfants, si chacun d'eux a le moyen de payer toute la pension, ils doivent être condamnés solidairement à la payer. Cette dette est solidaire, lorsque chacun des enfants a le moyen de payer toute la pension ; car chaque enfant considéré seul, lorsqu'il en a le moyen, est obligé par le droit naturel, de fournir à son père tout ce qui lui est nécessaire pour vivre, et non pas seulement une partie de ce qui lui est nécessaire. Le concours des autres enfants qui ont le moyen, comme lui, lui donne bien un recours contre eux, mais ne le dispense pas, vis-à-vis de son père, de satisfaire pour le tout à cette obligation. Chaque enfant est donc, lorsqu'il en a le moyen, débiteur du total ; *Solidum à singulis debetur* ; ce qui fait le caractère de la dette solidaire [3].

Mais comme les enfants ne sont tenus de cette dette qu'autant et jusqu'à concurrence des moyens qu'ils ont, lorsqu'ils n'ont pas chacun le moyen de payer toute la pension, mais seulement d'y contribuer pour une partie, ils ne doivent être condamnés à la payer chacun que pour une partie.

Les enfants, lorsqu'ils ont tous le moyen, sont condamnés à payer la pension solidairement vis-à-vis de leur père, et entre eux, chacun par portions égales ; mais lorsque quelqu'un des enfants n'a pas le moyen de contribuer à la pension par une portion égale à celle des autres, mais seulement à une somme au-dessous de cette portion, il ne doit être condamné à contribuer à la pension que pour la somme à laquelle se bornent ses moyens ; les autres enfants, qui sont à leur aise, doivent être chargés du surplus. Par exemple, si le juge a fixé à six cents livres la pension d'un père qui a trois enfants, dont deux sont à leur aise, et en état chacun de payer toute la pension, et un est mal aisé, qui ne peut, en se gênant, contribuer à la pension que pour une somme de cent livres, le juge, en ce cas, doit condamner solidairement les deux enfants riches à payer la somme de six cents livres, et l'enfant mal aisé à y contribuer pour une somme de cent livres.

---

[1] Rien dans nos lois n'oblige les pères et mères à faire cet abandon, seulement la pension alimentaire sera moins forte, on tiendra compte des ressources que les ascendants trouvent dans leur patrimoine, et la pension ne sera qu'un supplément.

[2] *V.* art. 210, C. civ.

Art. 210 : « Si la personne qui doit « fournir les aliments justifie qu'elle « ne peut payer la pension alimentai- « re, le tribunal pourra, en connais- « sance de cause, ordonner qu'elle re- « cevra dans sa demeure, qu'elle nour- « rira et entretiendra celui auquel elle « devra des aliments. »

[3] La solidarité n'est point dans ce cas prononcée par la loi, et cette obligation se rapproche plus des dettes indivisibles que des dettes solidaires. Mais il faut remarquer que deux causes doivent se trouver réunies pour que cette obligation existe, savoir : *aisance* d'une part, et *indigence* de l'autre.

Lorsque parmi les enfants il y en a qui ne sont pas en état de contribuer en rien à la pension, ceux qui sont en état de la payer, en doivent être seuls chargés.

Lorsque les enfants n'ont pas le moyen de payer une pension, et sont seulement en état de recevoir leurs père ou mère dans leurs maisons et à leur table; si c'est le père seul ou la mère seule qui demande des aliments, les enfants doivent être condamnés à recevoir chez eux, chacun à leur tour, leur père ou leur mère, pendant une certaine partie de l'année, à commencer par l'aîné des enfants : par exemple, s'ils sont quatre enfants, on les condamne à les recevoir, tour à tour, chacun pendant trois mois de l'année.

Lorsque le père et la mère demandent l'un et l'autre des aliments; comme la charge des deux en même temps pourrait être trop considérable, on peut la partager entre les enfants, en chargeant les uns du père, et les autres de la mère.

Lorsque parmi les enfants il y en a qui ne tiennent pas de ménage, qui sont, par exemple, des domestiques, ou des personnes qui vont en journées; si le juge trouve qu'ils sont en état de contribuer en quelque chose aux aliments de leurs père et mère, il doit les condamner à payer une modique somme, telle qu'il arbitrera pour leur quote-part des aliments de leurs père et mère, à ceux des enfants qui se sont chargés de les fournir, et d'avoir leurs père et mère chez eux.

Un enfant qui n'a pas été doté, et qui n'a rien reçu de ses père et mère, peut-il, sur ce prétexte, se dispenser de contribuer aux aliments de ses père et mère, lorsqu'il en a le moyen, et rejeter cette charge sur ceux qui ont été dotés ? Non ; car ce n'est pas la dot qu'un enfant a reçue de ses père et mère, qui est la cause d'où naît l'obligation en laquelle il est de fournir des aliments à ses père et mère; sa qualité d'enfant, et l'état d'indigence de ses père et mère, et le moyen qu'il a d'y subvenir, sont les seules causes de cette obligation, lesquelles ne se rencontrent pas moins dans les enfants qui n'ont pas été dotés, que dans ceux qui l'ont été.

392. Les enfants ne sont obligés de fournir à leurs père et mère que les choses nécessaires à la vie; ils ne sont pas obligés de payer leurs dettes : *Parens quamvis ali à filio ratione naturali debeat, tamen æs alienum ejus non esse cogendum exsolvere rescriptum est*; L. 5, § 16, ff. *de Agnosc. liberis* [1].

393. De même que nous avons vu *suprà*, n° 387, que l'obligation en laquelle sont les père et mère de donner les aliments à leurs enfants, s'étend à leurs petits-enfants, mais subsidiairement seulement ; de même l'obligation en laquelle sont les enfants de donner des aliments à leurs père et mère, s'étend à leur aïeul, bisaïeul, et autres parents de la ligne directe et ascendante, mais subsidiairement ; c'est-à-dire, au cas que les personnes par lesquelles l'enfant en descend, ou ne vivent plus, ou ne soient pas en état d'y subvenir.

§ III. *Des obligations respectives des père et mère, et de leurs enfants bâtards.*

394. L'obligation en laquelle sont les père et mère de nourrir leurs enfants, comprend même ceux qui sont nés d'unions illicites et de fornications. Lorsqu'une fille ou une veuve est grosse des faits d'un homme, sur la plainte qu'elle forme contre lui, et sur l'intervention du ministère public, cet homme, s'il en convient, ou s'il en est convaincu, doit être condamné à se charger de l'enfant; à le faire élever dans la religion catholique, et à lui fournir les aliments nécessaires ; à en rapporter certificat tous les trois mois au procureur

[1] Il faut cependant excepter les dettes pour aliments fournis par des tiers, au moins dans la limite de ce que l'enfant aurait été obligé de fournir lui-même.

du roi, et à lui faire apprendre un métier, lorsqu'il sera en état d'en apprendre un, pour le mettre en état de gagner sa vie [1].

Lorsque l'homme dénie avoir eu commerce avec la fille, la preuve que la fille fera par témoins que cet homme a eu quelques familiarités ou privautés avec elle, suffit pour le faire présumer, et le faire en conséquence condamner à se charger de l'enfant [2].

Lorsque le père n'est pas connu, ou lorsqu'il n'a pas le moyen, c'est la mère qui doit être chargée de l'enfant.

395. *Vice versâ*, un bâtard est obligé, même dans le for extérieur, lorsqu'il en a le moyen, de fournir à ses père et mère qui sont dans l'indigence, et hors d'état de gagner leur vie, les aliments nécessaires, lorsque les père et mère n'ont pas des enfants légitimes qui soient en état de leur en fournir.

CHAPITRE II.

Des effets civils du mariage.

Nous verrons dans un premier article, quels sont les effets civils du mariage.

Nous traiterons dans un second, de la légitimation des enfants nés avant le mariage, qui est un des principaux effets civils du mariage.

Dans un troisième, nous parlerons de certains mariages qui, quoique valables, sont privés des effets civils;

Dans un quatrième, de la bonne foi qui donne les effets civils à un mariage nul.

ART. Ier. — Quels sont les effets civils du mariage.

396. Les effets civils du mariage sont,—1° qu'il confirme toutes les conventions matrimoniales, et donations portées au contrat de mariage; car toutes ces conventions et donations dépendent d'une condition tacite, *si nuptiæ sequantur,* laquelle ne peut recevoir son accomplissement que par un mariage qui ait les effets civils. Lorsque le mariage n'est pas valablement contracté entre les parties qui ont fait le contrat de mariage, ou lorsque, quoique valablement contracté, il n'a pas les effets civils, toutes conventions et donations portées au contrat de mariage, sont de nul effet, *ex defectu conditionis.* Au reste, l'homme doit rendre à sa femme, ou à ses héritiers, tout ce qu'il a reçu d'elle, parce qu'il se trouve l'avoir reçu sans titre, et n'avoir aucun titre pour le retenir.

Ce n'est pas par *l'action de dot* qu'il est tenu à cette restitution ; car il n'y a pas de dot où il n'y a pas un mariage qui ait les effets civils : *Dos sinè nuptiis esse non potest ;* mais il en est tenu par l'action qu'on appelle en droit *condictio sinè causâ* [3].

---

[1] La recherche de la paternité est interdite. Mais la paternité naturelle légalement établie par une reconnaissance, impose aux père et mère l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants. Nos lois n'imposent plus la nécessité de les élever dans telle ou telle religion.

[2] Pothier nous paraît se contenter de trop peu pour mettre ainsi l'enfant à la charge de ce prétendu père.

[3] Il en est encore de même aujourd'hui. *V.* art. 1088, C. civ.

Art. 1088 : « Toute donation faite « en faveur du mariage sera caduque, « si le mariage ne s'ensuit pas. »

397. 2° Dans nos coutumes qui établissent une communauté de biens entre mari et femme, quoiqu'elle n'ait pas été stipulée, cette communauté qui a lieu entre un mari et une femme qui n'ont point de contrat de mariage par lequel ils l'aient stipulé, est un des effets civils du mariage : il en est de même du douaire [1].

398. 3° L'affinité civile que chacun des conjoints par le mariage contracte avec les parents de l'autre conjoint, est encore un des effets civils du mariage.

Il est vrai que, quoiqu'un mariage n'ait pas les effets civils, et même quoiqu'il n'ait pas été valablement contracté, le commerce charnel de l'homme et de la femme produit une affinité entre chacun d'eux, et les parents de l'autre : mais cette affinité, purement naturelle, n'a d'autre effet que de former un empêchement dirimant de mariage dans certains degrés, comme nous l'avons vu *suprà*. Il n'y a que les mariages qui ont les effets civils, qui forment une affinité civile qui soit reconnue dans les différents actes de la société civile [2].

399. 4° La puissance paternelle sur les enfants qui naissent du mariage est aussi un des effets civils du mariage, aussi bien que les droits de garde qui en sont comme une suite. Cette puissance, par le droit de nos provinces, très différent en cela du droit romain, est commune au père et à la mère, sauf que le père l'exerce seul, tant qu'il vit. Nous traiterons de cette puissance dans un traité particulier [3].

Il est vrai que quoiqu'un mariage n'ait pas les effets civils, et même quoiqu'il n'ait pas été valablement contracté, les enfants ne laissent pas d'être tenus aux devoirs naturels envers leurs père et mère; mais il n'y a qu'un mariage qui a les effets civils, qui donne aux père et mère le droit de puissance paternelle dans toute son étendue.

400. 5° Un effet civil de mariage, propre au mari, est le droit de puissance maritale qu'il acquiert sur la personne et les biens de sa femme; il fera aussi la matière d'un traité particulier.

401. 6° Un des effets civils du mariage, qui concerne particulièrement la femme, est que la femme acquiert par le mariage le nom de son mari; ce qui est fondé sur ce qu'elle n'est plus censée faire avec son mari qu'une seule personne, dont il est le chef : ***Erunt duo in carne unâ*** [4].

402. 7° Un des effets civils du mariage, fondé sur la même raison que le précédent, est que la femme, par le mariage, suit la condition de son mari : quoiqu'elle fût de condition roturière, elle devient noble par le mariage qu'elle contracte avec un homme noble; elle participe à tous les titres de son mari. Si son mari est duc, marquis, comte, baron, etc, elle devient, en l'épousant, duchesse, marquise, baronne, etc. : elle participe à tous les rangs, honneurs, préséances et prééminences de son mari; elle conserve, même après la disso-

---

[1] Art. 1393; *V.* ci-dessus, p. 20, note 1; et 1399, C. civ......Nos lois n'accordent plus de douaire.

Art. 1399 : « La communauté, soit « légale, soit conventionnelle, com- « mence du jour du mariage contracté « devant l'officier de l'état civil : on ne « peut stipuler qu'elle commencera à « une autre époque. »

[2] Le mariage seul produit l'affinité, et notre Code ne reconnaît pas cette affinité purement naturelle.

[3] *V.* Art. 372, et 373, C. civ.

Art. 372 : «(L'enfant) reste sous (l'au- « torité de ses père et mère) jusqu'à sa « majorité ou son émancipation. »

Art. 373 : « Le père seul exerce « cette autorité durant le mariage. »

[4] C'est plutôt un usage qu'un effet civil, car dans les actes civils, elle figurerait en son propre nom avec la qualité de *femme d'un tel*.

lution du mariage, la noblesse et les titres de son mari, tant qu'elle demeure en viduité.

Vice versâ, lorsqu'une femme noble épouse un homme d'une condition roturière, elle perd sa noblesse pendant que le mariage dure, et elle est censée être de même condition que son mari; mais après la dissolution du mariage, elle reprend sa noblesse, qui avait été comme éclipsée par l'interposition de la personne de son mari.

Observez néanmoins que si elle avait fait pendant son mariage quelques actes dérogeants à noblesse, *putà*, un commerce en détail, il lui faudrait des lettres de réhabilitation pour pouvoir reprendre sa noblesse[1].

403. 8° Un autre effet civil du mariage, fondé encore sur les mêmes raisons que les précédents, est que la femme, en se mariant, perd son domicile, et acquiert celui de son mari, et cela aussitôt que le mariage a reçu sa perfection par la bénédiction nuptiale, ayant qu'elle soit allée dans le lieu du domicile de son mari.

C'est pourquoi, lorsqu'une femme épouse un homme d'une différente province, elle cesse, dès l'instant qu'elle est mariée, d'être sujette aux lois de sa province, et elle devient sujette aux lois de la province de son mari[2].

404. 9° C'est encore un effet civil du mariage, que la femme acquiert par le mariage, dans le cas auquel elle survivra à son mari, un droit de douaire sur les biens de son mari, tels que les différentes coutumes où les biens son situées, le lui accordent. Nous devons donner un traité particulier sur ce droit de douaire[3].

405. 10° Un effet civil du mariage, est qu'il donne aux enfants qui en naissent, aussitôt qu'ils sont nés, la noblesse de leur père, pourvu que ce ne fût pas une noblesse qui ne lui fût que personnelle.

Mais lorsque le père n'est pas noble, quoique la mère le soit, les enfants ne participent pas à la noblesse de leur mère; car les enfants suivent à cet égard la condition de leur père[4].

406. 11° Le mariage qui a les effets civils, donne aussi aux enfants qui en naissent les droits de famille de leur père et mère, tels que sont les armoiries, les droits de sépulture, les droits de chapelle, les droits de patronage, etc.

Observez néanmoins, à l'égard des droits de famille de la mère, que les enfants n'ont ces droits que lorsque la personne qui les a acquis, les a acquis pour toute sa postérité, sans les restreindre à ses descendants par mâles[5].

407. 12° Le principal droit de famille que le mariage qui a les effets civils donne aux enfants qui en naissent, est le droit de parenté civile, non-seulement avec leurs père et mère, mais avec tous les parents de leur père, et tous ceux de leur mère. Il naît bien une parenté des unions illégitimes; mais cette parenté n'est qu'une parenté naturelle.

Il n'y a que les mariages qui ont les effets civils, qui produisent une parenté civile.

Cette parenté civile donne aux parents entre eux le droit de succession active et passive, le droit de retrait lignager.

---

[1] La noblesse n'a plus l'importance qu'elle avait autrefois.

[2] Art. 108, C. civ. : « La femme « mariée n'a point d'autre domicile « que celui de son mari; » mais l'uniformité de législation en France a diminué beaucoup l'importance du domicile dans telle province plutôt que dans telle autre.

[3] Il n'y a plus de domicile légal.

[4] Ce principe est le même aujourd'hui.

[5] La plupart de ces droits ne sont point reconnus par nos lois nouvelles.

C'est aussi un droit qui résulte tant de la parenté civile que de l'affinité civile, que lorsqu'une personne a besoin de tuteur ou de curateur, ses parents et affins sont obligés de nommer pour remplir cette charge, un d'entre eux, qui doit l'accepter, s'il n'a pas une excuse légitime [1].

408. 13° Le droit de légitime qu'ont les enfants dans les successions de leurs père et mère, et le droit de douaire qu'ont les enfants dans les biens de leur père, dans les coutumes qui accordent ce droit aux enfants, sont aussi des effets civils du mariage, ces droits ne pouvant être prétendus que par des enfants nés d'un mariage qui a les effets civils [2].

14° Enfin, un des principaux effets civils du mariage, est celui qu'il a de légitimer les enfants d'un commerce que les parties ont eu ensemble avant leur mariage. Nous en allons traiter avec étendue dans l'article suivant [3].

ART. II. — De la légitimation que le mariage opère des enfants nés du commerce que les parties ont eu ensemble auparavant.

Nous verrons,

1° D'où cette légitimation tire son origine, et sur quelles raisons elle est fondée ;

2° Quels enfants peuvent être ainsi légitimés ;

3° Quels mariages peuvent opérer cette légitimation ;

4° Comment elle se fait ;

5° Quels en sont les effets.

§ I. *De l'origine de la légitimation qui se fait par le mariage ; et des raisons sur lesquelles elle est fondée.*

La légitimation des enfants *per subsequens matrimonium*, tire sa première origine d'une constitution de l'empereur Constantin, qui ne nous est pas parvenue, mais dont la teneur nous est rapportée par l'empereur Zénon, en la loi 5, Cod. *de Nat. lib.*

Cette loi rapporte que l'empereur Constantin avait fait une constitution,

---

[1] Ces droits sont les mêmes aujourd'hui, sauf le retrait lignager qui n'existe plus : quant à la tutelle, *V.* art. 432, C. civ.

Art. 432 : « Tout citoyen non parent ni allié ne peut être forcé d'accepter la tutelle, que dans le cas où il n'existerait pas, dans la distance de quatre myriamètres, des parents ou alliés en état de gérer la tutelle. »

[2] Le Code accorde aux enfants naturels un droit sur la succession de leurs père et mère (art. 757, C. civ.), et la jurisprudence leur accorde aussi une réserve.

Art. 757 : « Le droit de l'enfant naturel sur les biens de ses père ou mère décédés, est réglé ainsi qu'il suit : — Si le père ou la mère a laissé des descendants légitimes, ce droit est d'un tiers de la portion héréditaire que l'enfant naturel aurait eue s'il eût été légitime ; il est de la moitié lorsque les père ou mère ne laissent pas de descendants, mais bien des ascendants ou des frères ou sœurs ; il est des trois quarts lorsque les père ou mère ne laissent ni descendants, ni ascendants, ni frères ni sœurs. »

[3] *V*, art. 331, C. civ.

Art. 331 : « Les enfants nés hors mariage, autres que ceux nés d'un commerce incestueux ou adultérin, pourront être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, lorsque ceux-ci les auront légalement reconnus avant leur mariage, ou qu'ils les reconnaîtront dans l'acte même de célébration. »

suivant laquelle, lorsqu'un homme avait des enfants naturels d'une femme de condition ingénue, qu'il avait à titre de concubine, et qu'il n'avait aucuns enfants légitimes d'un mariage légitime qu'il avait auparavant contracté avec une autre femme, le mariage légitime qu'il contractait avec la femme qu'il n'avait eue d'abord qu'à titre de concubine, non-seulement donnait à cette femme le titre et les droits de femme légitime, *justa uxor;* mais il donnait pareillement le titre et tous les droits d'enfants légitimes aux enfants qu'il avait eus de cette femme pendant qu'elle n'était encore que concubine, de même que s'ils fussent nés durant le mariage, lesquels en conséquence étaient *sui hæredes*, et succédaient à leur père, même avec les autres enfants nés durant le mariage, concurremment et sans aucune distinction.

L'empereur Zénon, par cette loi 5, ordonne l'exécution de la constitution de Constantin à l'égard seulement des enfants nés; mais il l'abroge à l'égard de ceux qui naîtront par la suite *ex concubinatu;* et il ne permet pas qu'ils puissent être légitimés par le mariage légitime que leur père contracterait depuis avec leur mère, le père devant s'imputer de n'avoir pas contracté d'abord avec elle un mariage légitime.

409. Il paraît que depuis on rétablit la légitimation que Zénon avait abrogée; mais on y apportait des restrictions. Les uns voulaient que les enfants nés *ex concubinatu*, ne fussent légitimés et admis, *tanquam sui hæredes*, à la succession de leur père, que dans le cas auquel il n'y aurait eu aucun enfant né du mariage que leur père avait depuis contracté avec leur mère. Les autres apportaient une restriction tout opposée, et voulaient qu'il n'y eût lieu à la légitimation que lorsqu'il y avait des enfants nés de ce mariage, par lequels les droits de *sui hæredes* fussent communiqués à ceux nés auparavant. Justinien, par les lois 10 et 11, Cod. *eod tit.*, a condamné ces deux restrictions, et rétabli le droit de Constantin sur la matière de cette légitimation.

Il l'a même étendu depuis par ses novelles en deux points :

1° En ce que, suivant le droit de Constantin, les enfants nés d'une concubine ne pouvaient être légitimés par le mariage légitime que leur père contractait depuis avec elle, que dans le cas auquel leur père n'avait alors aucuns enfants légitimes : au contraire, Justinien, par sa novelle 12, cap. 4, ordonne que, même dans le cas auquel un homme aurait des enfants d'un mariage légitime avec une femme, qui aurait été dissous avant qu'il eût sa concubine, il puisse, en contractant un mariage légitime avec sa concubine, rendre légitimes les enfants qu'il a d'elle.

2° Au lieu que par le droit de Constantin, il n'y avait que les enfants nés d'une concubine de condition ingénue, qui pouvaient être légitimés par le mariage légitime que leur père contractait depuis avec leur mère; Justinien, par sa novelle 18, *cap. fin.*, veut que les enfants nés d'une concubine de condition affranchie, aient le même avantage : il veut même que lorsqu'un homme a eu à titre de concubine son esclave, dont il a eu des enfants, il puisse, après avoir donné la liberté à cette femme et aux enfants qu'il a eus d'elle, et après leur avoir obtenu du prince les droits d'ingénuité, contracter un mariage légitime avec cette femme, et par ce mariage rendre légitimes les enfants qu'il avait eus d'elle auparavant. Il ne permet néanmoins de légitimer ainsi les enfants nés dans l'esclavage, que lorsqu'il n'y a aucun enfant légitime d'une autre femme.

Par la novelle 78, cap. 3 et 4, il dispense d'obtenir du prince les droits d'ingénuité pour les enfants; et il veut que, sans même qu'il soit besoin que leur père leur accorde expressément la liberté, ils deviennent libres et enfants légitimes de plein droit, par le mariage légitime que leur père contracte avec leur mère.

Il paraît même, par les termes généraux dans lesquels est conçue cette novelle, qu'elle n'exige plus pour la légitimation des enfants nés dans l'esclavage, que leur père n'eût pas d'enfant légitime d'une autre femme.

410. Le droit canonique a encore enchéri sur les lois romaines. Ce n'était qu'aux enfants nés *ex concubinatu*, qui était une union permise par les lois, et un vrai mariage naturel, *suprà*, n° 7, que les lois romaines accordaient le droit d'acquérir le titre et les droits d'enfants légitimes, par le mariage légitime que contractaient depuis ensemble leur père et leur mère. Ce n'est que de ces enfants nés *ex concubinatu*, qu'ont parlé toutes les lois que nous avons rapportées; et il n'y en a aucune qui ait accordé le même droit aux enfants nés d'une union illicite, telle que la fornication.

C'est pourquoi les lois romaines, sur cette matière, ne peuvent guère recevoir d'application dans notre droit français, qui a rejeté le *concubinatus*, et qui ne permet aucune autre union entre un homme et une femme, que le mariage légitime.

Le droit canonique a été plus indulgent pour la légitimation des enfants nés avant le mariage, par le mariage subséquent de leurs père et mère : il veut que les enfants, quoique nés d'une union illicite, telle qu'est la fornication, soient légitimés par le mariage légitime que contractent depuis ensemble leurs père et mère, pourvu que lors du commerce dont ils sont nés, leur père et mère aient été capables de contracter mariage ensemble [1].

La couleur que le droit canonique donne à cette légitimation, est qu'il suppose que lorsque les père et mère de ces enfants ont eu ensemble le commerce charnel dont ils sont nés, ils avaient dès lors intention de contracter mariage ensemble; que c'est la violence de la passion qu'ils avaient l'un pour l'autre, qui les a fait succomber à la tentation d'en prévenir le temps; que ce commerce est une espèce d'anticipation du mariage qu'ils se proposaient alors de contracter, et qu'ils ont depuis effectivement contracté; que les enfants nés de ce commerce, doivent, en conséquence, être regardés comme des fruits anticipés de ce mariage, et comme s'ils en étaient nés. C'est pour ces raisons que le pape Alexandre III, en sa décrétale rapportée au ch. 6, Extr. *Qui filii sint legit.*, dit : La force du mariage est si grande, qu'elle rend légitimes les enfants que les parties contractantes ont eus ensemble avant leur mariage : *Tanta est vis matrimonii, ut qui anteà sunt geniti, post contractum matrimonium, legitimi habeantur.*

Le pape ne borne pas sa décision, comme faisaient les lois romaines, aux enfants nés *ex concubinatu*, qui, sans être une union légitime, était une union innocente et permise; les termes généraux dans lesquels est conçu le principe qu'il établit, renferment tous les enfants nés du commerce que les parties ont eu avant leur mariage, quoiqu'il fût illicite, telle qu'est la fornication.

411. Il paraît qu'il a seulement voulu excepter du principe le cas auquel les parties, lors de l'habitude charnelle qu'elles ont eue ensemble, n'eussent pas été capables de contracter alors mariage ensemble. C'est pourquoi il ajoute, que si un homme marié a eu, pendant son mariage, habitude charnelle avec une fille, il ne peut pas, en épousant cette fille après la dissolution de son mariage, légitimer l'enfant né de cette habitude, parce qu'étant alors marié, il n'était pas libre; les parties n'étaient pas alors capables de contracter mariage ensemble : *Si autem*, dit le pape, *vir, vivente uxore suâ, aliam cognoverit, et ex eâ prolem susceperit, licèt post mortem uxoris eamdem duxerit, nihilominùs spurius erit filius..... quoniam* [2] *matrimonium legitimum inter se contrahere non potuerunt.*

---

[1] C'est le droit consacré par l'art. 331. C. civ. *V.* la note précédente.

[2] Ces derniers termes importants ont été mal à propos omis dans la collection de Grégoire IX, dans la vue d'abréger; ils se trouvent dans les anciennes compilations (*Note de l'édition de* 1768.)

La raison de cette exception, est que la couleur qu'on donne à la légitimation, en supposant que le commerce charnel dont les enfants sont nés, est intervenu en vue du mariage, et qu'il en est une espèce d'anticipation, *suprà, n° præced.*, ne peut alors se rencontrer ; car, lorsque les parties sont incapables de contracter mariage ensemble, *putà*, par rapport à ce que l'une d'elles est engagée dans un mariage avec une autre personne, on ne peut plus supposer que le commerce charnel qu'elles ont eu, est intervenu en vue du mariage qu'elles se proposaient de contracter ensemble, puisqu'elles étaient alors incapables de le contracter, et qu'elles ne pouvaient pas même décemment espérer d'en devenir capables par la suite.

412. Les principes du droit canonique sur l'effet qu'il donne au mariage, de légitimer les enfants nés du commerce charnel que les parties ont eu ensemble avant le mariage, sont suivis dans notre droit français, non par l'autorité des décrétales en elles-mêmes : elles n'en ont aucune en France, surtout sur une matière telle que la légitimation des enfants, qui appartient à l'ordre politique, et n'est en aucune manière de la compétence de la puissance ecclésiastique ; mais l'équité et la faveur que ces principes renferment, nous les ont fait embrasser.

Lorsqu'une fille a eu le malheur d'avoir habitude charnelle avec un homme, il est intéressant pour le bon ordre, que l'homme couvre cette faute, et répare l'honneur de la fille en l'épousant. Mais comme il arrive souvent, ou que l'homme se dégoûte de la fille pour qui il avait eu d'abord de la passion, ou que sans se marier ils continuent de vivre dans le désordre, il était de la sagesse des lois de fournir à l'homme des motifs qui le portassent à épouser la fille avec qui il a eu habitude. C'est ce qu'a fait le droit canonique, en donnant au mariage l'effet de légitimer les enfants nés du commerce charnel que les parties ont eu avant le mariage. On ne pouvait pas fournir à l'homme qui a eu commerce avec une fille, un motif plus puissant pour le porter à l'épouser. La tendresse que la nature inspire à un père pour ses enfants naturels, le porte à leur procurer le titre et les droits d'enfants légitimes, lorsqu'il a un moyen pour les leur procurer, et, par conséquent, à contracter avec leur mère un mariage légitime, qui est le seul moyen qu'il ait pour les leur procurer.

La sagesse du droit canonique, qui, par la légitimation des enfants *per subsequens matrimonium*, fournit à un homme qui a eu habitude charnelle avec une fille, le motif le plus puissant qu'on pût trouver pour le porter à l'épouser, est donc évidente. Ces raisons ont fait adopter dans notre droit les principes du droit canonique sur cette matière.

Quelques-unes de nos coutumes en ont des dispositions. Troyes, art. 108, dit : « Les enfants nés hors mariage, DE SOLUTO ET SOLUTA, puis, que le père « et la mère s'épousent l'un l'autre, succèdent et viennent à partage avec les « autres enfants, si aucuns y a. » Sens, art. 92, a une semblable disposition. C'est un droit commun reçu dans tout le royaume, que personne ne révoque en doute.

§ II. *Quels enfants peuvent être légitimés par le mariage que contractent leurs père et mère, et en quels cas.*

413. Il n'est pas douteux que, lorsque les enfants nés avant le mariage, sont vivants lors du mariage que contractent depuis leurs père et mère, ce mariage, en les légitimant, leur fait acquérir les droits de famille dans les familles de leurs père et mère, non-seulement pour eux-mêmes, mais pour tous leurs descendants, quoique nés comme eux avant ce mariage.

Il y a plus de difficulté lorsque l'enfant né avant le mariage, est mort aussi avant le mariage et a laissé des descendants[1]. Le mariage que contractent

---

[1] L'art. 332, C. civ., décide la question : « La légitimation peut avoir « lieu, même en faveur des enfants « décédés qui ont laissé des descen-

par la suite le père et la mère de cet enfant, donne-t-il les droits de famille aux descendants de cet enfant?—Balde et quelques autres anciens interprètes, cités par Fachin, *Controv.* III, 56, ont tenu la négative. La raison sur laquelle ils se fondent, est que l'enfant n'ayant jamais eu les droits de famille, puisqu'il n'était plus au monde lors du mariage de ses père et mère, qui seuls pouvaient les lui faire acquérir, il n'a pu les faire passer à ses descendants, qui ne peuvent les avoir que par son canal.—Bartole, et les docteurs cités par Fachin, tiennent l'opinion contraire : elle est aussi suivie par Pérez, *ad tit. Cod. de natural. lib.;* et elle paraît la plus plausible. La légitimation a été établie non-seulement en faveur des enfants nés de l'union que les parties ont eue ensemble avant leur mariage, mais en faveur de tous ceux qui en sont descendus, lesquels ne sont pas moins dignes de cette faveur, que ceux qui en sont nés. La loi, par la fiction de la légitimation, purge le vice de l'union que les parties ont eue ensemble avant le mariage; elle la fait regarder comme une espèce d'anticipation du mariage qu'elles ont depuis contracté; et, par conséquent, elle fait regarder les enfants qui sont nés, et tous ceux qui en sont descendus, comme enfants de ce mariage par anticipation. En vain dit-on que le mariage n'a pu légitimer l'enfant qui n'était plus au monde : rien n'empêche qu'en faveur de ses descendants, cet enfant, même après sa mort, ne puisse, par la fiction de la légitimation, être regardé comme ayant toujours été légitime; le mariage intervenu depuis sa mort, ayant purgé le vice de l'union dont il était né.

Dans l'espèce de la loi *Si filium*, 5, ff. *de Grad. et aff.*, lorsqu'un père, après la mort de son fils, adopte une autre personne, l'enfant mort avant l'adoption, est censé avoir été le frère de l'enfant adopté, quoiqu'il ne fût plus au monde lors de l'adoption qui lui donne cette qualité. Pourquoi ne pourra-t-on pas de même supposer que l'enfant mort avant le mariage, ait eu toute sa vie le titre et les droits d'enfant légitime, quoiqu'il ne fût plus au monde lors du mariage qui, par la fiction de la légitimation, le fait supposer tel?

414. Pour que les enfants nés avant le mariage soient capables d'être légitimés par le mariage de leur père, les principes du droit canonique, que nous avons adoptés dans notre droit, ne demandent autre chose, sinon que lors de l'habitude charnelle que leurs père et mère ont eue ensemble, ils aient été capables de contracter mariage ensemble [1].

De ce principe naît la décision d'une question agitée entre les anciens canonistes, si l'enfant né du commerce charnel qu'un simple clerc, quoique pourvu du bénéfice, a eu avec une fille, peut être légitimé par leur mariage intervenu depuis?—Il n'est pas douteux, suivant le principe proposé, qu'il peut l'être; car le père et la mère, lors du commerce charnel dont il est né, étaient capables de contracter mariage ensemble. Le bénéfice dont ce clerc était revêtu, n'est pas un empêchement de mariage; le clerc perd seulement son bénéfice en se mariant. C'est ce qui a été jugé par arrêt du 5 septembre 1675, rapporté au *Journal du Palais* (t. 1er, p. 718).

Il en est de même du commerce charnel qu'un homme aurait eu avec une religieuse novice. L'enfant né de ce commerce est légitimé par le mariage que son père et sa mère ont contracté depuis; car ils étaient capables de le con-

« dants; et en ce cas, elle profite à « ces descendants. »

[1] L'article 331, C. civ. (*V.* ci-dessus, p. 83, note 2), sans reproduire les mêmes expressions contient plus nettement et plus énergiquement la même idée : car il exclut du bénéfice de la légitimation les enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin : or, les enfants qui ont cette qualité sont ceux issus de deux personnes parentes ou alliées au degré prohibé (*V.* la note suivante), ou qui n'auraient pu contracter mariage ensemble à raison d'un précédent mariage encore subsistant.

tracter dans le temps qu'ils ont eu ce commerce ensemble, n'y ayant que la profession solennelle qui en rende incapable.

Les parties sont censées avoir été capables de contracter mariage ensemble lors du commerce charnel qu'elles ont eu avant leur mariage, lorsqu'elles étaient capables de le contracter, au moins à l'aide d'une dispense facile à obtenir, quoiqu'elle ne fût pas encore obtenue. C'est pourquoi lorsque des cousins se marient avec dispense, les enfants nés du commerce qu'ils ont eu ensemble auparavant, sont légitimés par leur mariage ; la dispense qu'ils ont obtenue, à qui on donne un effet rétroactif, purge le vice d'inceste qu'avait le commerce qu'ils ont eu avant leur mariage[1].

415. Mais si, lors du commerce charnel qu'un homme a eu avec une femme, ils étaient absolument incapables de contracter alors mariage ensemble, le mariage qu'ils contractent par la suite, ne peut légitimer les enfants qui en sont nés : comme lorsqu'un homme marié a eu un commerce adultérin avec une femme, le mariage qu'il a contracté depuis avec elle après la mort de sa femme, ne peut légitimer les enfants nés de ce commerce adultérin ; car lors de ce commerce ils étaient absolument incapables de contracter mariage ensemble ; un homme ne pouvant pas, pendant son mariage, épouser une autre femme.

C'est pourquoi on doit tenir pour règle générale, que le mariage ne peut légitimer que les enfants nés d'un commerce *inter solutum et solutam*, c'est-à-dire, libres l'un et l'autre d'un autre engagement, et qui étaient capables de contracter dès lors mariage ensemble ; et qu'il ne peut jamais purger le vice d'un commerce adultérin, pour légitimer les enfants qui en sont nés.

---

[1] Le Code a restreint beaucoup les empêchements au mariage à raison des degrés de parenté. En collatérale, nous trouvons les frères et sœurs, oncle et nièce, tante et neveu ; en ce qui concerne l'alliance, beaux-frères et belles-sœurs seulement. Dispenses ne pouvaient être accordées que pour le mariage entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu, et depuis 1832 elles peuvent également être accordées aux beaux-frères et belles-sœurs : mais l'esprit et le texte de la loi (art. 164, C. civ. *V.* ci-dessus, p. 63, note 2), commandent de ne les accorder que pour des *causes graves*. Nous ne pouvons donc plus dire avec Pothier qu'il y a des dispenses *faciles à obtenir*.

Cela posé, lorsque les rédacteurs du Code ont parlé des enfants *incestueux*, ils n'ont pu avoir dans la pensée que les enfants issus du commerce charnel de deux personnes parentes ou alliées au degré prohibé, et lorsqu'ils ont déclaré que ces enfants *incestueux* ne pouvaient être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, ils ont nécessairement dû se référer au cas où le mariage devenait possible entre ces mêmes personnes, puisque le mariage est l'unique moyen de légitimation ; or, le mariage ne devient possible qu'avec des dispenses ; donc, même dans ce cas, les enfants nés précédemment ne seront point légitimés, donc les dispenses n'ont pas d'effet rétroactif.

Il serait puéril de prétendre que la loi en défendant la légitimation des enfants *incestueux* a entendu parler des enfants conçus de deux personnes parentes ou alliées en ligne directe, ou entre frère et sœur, le mariage étant *absolument* impossible entre ces personnes.

Qoique le Code emploie l'expression *nés*, nous en dirions autant des enfants seulement *conçus*, toutes les fois qu'il ne se serait pas écoulé, pour le cas d'adultère, le minimum du temps requis pour la gestation, c'est-à-dire 179 jours depuis la dissolution du précédent mariage et la naissance de l'enfant ; et, pour le cas d'inceste le même laps de temps depuis la célébration du mariage avec dispense, jusqu'à la naissance de l'enfant ; car la qualité d'adultérin ou d'incestueux dépend de la conception et non pas de la naissance.

416. C'est une question qui a été grandement agitée entre les docteurs : Si cette règle doit recevoir exception dans le cas auquel l'une des parties aurait ignoré que l'autre était mariée lors du commerce charnel qu'elles ont eu ensemble. Ceux qui admettent cette exception, tirent leur principal argument du chap. *Ex tenore,* Extr. *Qui filii sint legit.* Suivant cette décrétale, comme nous le verrons *infrà*, en l'art. 4, lorsqu'une partie contracte de bonne foi un mariage nul, qu'elle croit légitime, dans l'ignorance où elle est de l'empêchement qui le rend nul; comme lorsqu'une femme épouse un homme qu'elle ignore être marié à une autre femme; la bonne foi de cette partie, et l'ignorance où elle est du vice qui rend son mariage nul, fait donner à ce mariage, quoique nul, les effets d'un mariage légitime, et par conséquent le titre et les droits d'enfants légitimes, aux enfants qui en sont nés. Donc, par la même raison, disent ces docteurs, lorsqu'une femme a habitude charnelle avec un homme qu'elle ignore être marié, et avec qui elle croit ne commettre qu'une fornication, et non un adultère, *aut vice versâ;* l'ignorance en laquelle est cette femme, que l'homme avec qui elle avait ce commerce, était marié, et que leur commerce était adultérin, doit empêcher qu'il ne soit regardé comme adultérin, et il doit passer pour une simple fornication, dont le vice peut être purgé par un mariage légitime qu'ils contractent par la suite ensemble.

Enfin, pour éluder le principe sur cette matière, qui ne permet pas que le mariage puisse purger le vice du commerce charnel que les parties ont eu ensemble auparavant, s'ils n'étaient, dès le temps de ce commerce, capables de contracter mariage ensemble; ces docteurs répondent que s'ils n'étaient pas capables de contracter ensemble un véritable mariage, ils étaient capables de contracter ensemble un mariage putatif, lequel, en conséquence de l'ignorence de la femme, aurait eu les effets d'un véritable mariage.

Ceux qui rejettent l'exception, disent au contraire que le pape Alexandre III ayant dit en termes généraux, « que les enfants nés avant le mariage ne pouvaient être légitimés par le mariage dans le cas auquel leurs père et mère, lors du commerce dont ils sont nés, n'étaient pas capables de contracter mariage ensemble ;» et qu'en conséquence les enfants nés du commerce qu'un homme marié avait eu du vivant de sa femme avec une fille, ne pouvaient être légitimés par le mariage que cet homme a, depuis la mort de sa femme, contracté avec leur mère; et n'ayant point distingné si leur mère, lors du commerce charnel qu'elle a eu avec leur père, savait qu'il fût marié, ou si elle l'ignorait, on ne doit pas faire une distinction que la loi n'a pas faite ; *Ubi lex non distinguit, nec nos debemus distinguere :* et l'on doit décider indistinctement que le mariage ne peut légitimer les enfants nés du commerce qu'un homme marié a eu avec une fille, soit que cette fille ait su qu'il était marié, soit qu'elle l'ait ignoré.

Pareillement les coutumes de Troyes et de Sens, ci-dessus citées, qui nous ont rapporté les principes du droit français sur la matière de la légitimation, ayant dit que les enfants nés avant le mariage, *ex soluto et solutâ,* étaient légitimés par le mariage que contractent par la suite leurs père et mère; n'y ayant que les enfants nés *ex soluto et solutâ*, qui soient compris dans la disposition de la loi; il n'y a qu'eux qui peuvent prétendre à la grâce de la légitimation accordée par la loi : on ne peut l'étendre à ceux nés *ex conjugato et solutâ*, qui n'y sont point compris. Peu importe donc que la partie qui était libre ait su ou ait ignoré que l'autre fût mariée; il suffit que les enfants ne soient pas nés *ex soluto et solutâ*, mais qu'ils le soient *ex conjugato et solutâ*, pour qu'ils ne puissent être légitimés.

A l'égard de l'argument que les partisans de l'exception tirent du chapitre *Ex tenore* , qui fait tout le fondement de leur opinion, la réponse est que c'est mal à propos qu'ils comparent le cas du chapitre *Ex tenore*, avec celui qui fait l'objet de la question. Il n'y a aucune comparaison à faire entre une femme qui croit contracter un mariage légitime, en épousant un homme qu'elle ignore être marié à un autre, qui est le cas du chapitre *Ex tenore*, et une femme

qui a avec un homme un commerce qu'elle sait être criminel, quoiqu'elle ignore qu'il soit adultérin. Dans le cas du chapitre *Ex tenore*, la femme qui épouse un homme qu'elle ignore être marié, est parfaitement innocente; elle croit contracter un mariage légitime. La loi lui tient compte de la bonne intention qu'elle a de donner à l'état des enfants légitimes par un mariage qu'elle croit légitime: et elle la récompense en donnant en sa considération aux enfants nés de ce mariage, quoique nul, les titres et les droits des enfants légitimes.

Au contraire, dans l'espèce de la question présente, la femme qui a une habitude charnelle avec un homme qu'elle ignore être marié, n'est pas innocente; quoiqu'elle croie ne commettre avec cet homme qu'une simple fornication, et non un adultère, elle n'ignore pas que le commerce qu'elle a avec cet homme, est défendu par la loi de Dieu, qui ne défend pas seulement l'adultère, mais qui défend aussi la fornication. Cette femme, par ce commerce, DABAT OPERAM REI ILLICITÆ. L'ignorance où elle était que l'homme fût marié, n'est donc pas une ignorance innocente, INCULPABILIS, qui puisse empêcher que le commerce qu'elle a eu avec cet homme ne doive être considéré, non comme tel qu'il était dans l'opinion de cette femme, mais comme tel qu'il était effectivement, c'est-à-dire, comme un commerce adultérin, dont le vice ne peut être purgé par le mariage légitime que les parties contractent depuis ensemble. Il n'y a donc aucune parité ni aucune comparaison à faire entre le cas du chapitre *Ex tenore*, et celui de la question présente.

Le cardinal de Palerme (*Panormitanus*) fait très bien sentir la disparité de ces deux cas: *Quia contrahens matrimonium*, dit-il, *dat operam rei licitæ ideò ignorantia sua excusatur: sed admittens virum sine matrimonio, dat operam rei illicitæ; ideò ignorantia sua non est probabilis, nec debet indè consequi præmium, et danti operam rei illicitæ imputantur omnia quæ sequuntur præter voluntatem suam*. Bartole, *ad* L. 38, § 1er, ff. *ad L. Jul. de Ad ult.*, dit pareillement: *Quandocunquè coïtus fit sinè colore matrimonii, tunc indistinctè punitur, secundum illud quod est in veritate, non secundùm id quod putabat, qui dabat ab initio operam rei illicitæ*. Cette question s'est présentée à l'audience de la grand' chambre, dans la cause d'une fille de Tibério-Fiorelli, connu sous le nom de Scaramouche, née du commerce que ce Fiorelli, du vivant de sa première femme, avait eu avec une nommée Marie Duval, qui ignorait, comme tout le monde, qu'il fût marié. Cette fille ayant prétendu avoir été légitimée par le mariage légitime que Fiorelli avait depuis, et après la mort de sa première femme, contracté avec ladite Marie Duval, elle fut déboutée de sa prétention par arrêt du 4 juin 1697, sur les conclusions de M. d'Aguesseau. La question est traitée à fond dans son plaidoyer, qui est le 47e au 4e tome de ses œuvres [1].

417. On a fait une autre question, qui est de savoir si, pour qu'un enfant soit censé né *ex soluto et solutâ*, et qu'il soit en conséquence capable de légitimation *per subsequens matrimonium*, il suffit que ses père et mère, lorsqu'il est venu au monde, fussent libres, c'est-à-dire, non engagés dans aucun mariage, quoiqu'au temps du commerce charnel qu'ils ont eu ensemble, duquel cet enfant est né, l'un d'eux fût alors marié.

Fachin, *Controv.*, lib. 3, cap. 50, cite pour l'affirmative plusieurs canonistes de grand nom, à l'avis desquels il se range. Ils se fondent principalement sur ce qui est dit au titre *de Ingenuis* des Institutes de Justinien, que pour que je sois ingénu, il suffit que ma mère ait été de condition libre au temps de ma naissance, quoiqu'elle fût encore esclave au temps de ma conception, *aut vice versâ*.

Je trouve l'opinion contraire bien plus raisonnable. Le texte des Institutes,

---

[1] L'enfant étant adultérin ne pourrait être légitimé.

qui fait le principal fondement de l'opinion de Fachin, et des auteurs par lui cités, ne me paraît avoir aucune application à la question. L'état d'ingénuité d'une personne dépend uniquement de la condition de PERSONNE LIBRE qu'a dû avoir sa mère. On a décidé favorablement qu'il suffisait que la mère ait eu cette qualité de PERSONNE LIBRE, soit au temps de la conception, soit au temps de la naissance de l'enfant, soit dans le temps intermédiaire. Mais dans l'espèce de la présente question, la capacité de la légitimation *per subsequens matrimonium*, dépend de la qualité du commerce charnel dont est né l'enfant. S'il était adultère, l'enfant ne peut être capable de la légitimation : mais quand même, au temps de la naissance de l'enfant, son père et sa mère n'auraient plus été l'un et l'autre engagés dans aucun mariage, il suffit que, lors du commerce charnel qu'ils ont eu ensemble, l'un des deux fût marié, pour que le commerce ait été adultérin, et pour que l'enfant qui en est né, soit né d'un commerce adultérin, et par conséquent incapable de la légitimation qui se fait *per subsequens matrimonium*.

§ III. *Quels mariages ont l'effet de légitimer les enfants nés auparavant.*

418. Pour qu'un mariage ait l'effet de légitimer les enfants nés du commerce que les parties ont eu auparavant, il faut non-seulement que ce mariage ait été valablement contracté, mais encore que ce soit un mariage qui ne soit pas privé des effets civils par nos lois. Cela est évident : l'effet de légitimer les enfants nés avant le mariage étant un des principaux effets civils du mariage, un mariage privé des effets civils ne peut pas avoir cet effet.

Cela fait cesser dans notre droit français la question agitée entre les docteurs, si un mariage contracté *in extremis* peut légitimer les enfants nés du commerce que les parties ont eu avant leur mariage. Nos lois ayant privé des effets civils ces mariages, comme nous le verrons en l'article suivant, c'est une conséquence qu'ils ne puissent légitimer les enfants que les parties ont eus auparavant[1].

419. Il y a certains mariages auxquels, quoiqu'ils soient nuls, la loi donne les effets civils en considération de la bonne foi des parties, ou de l'une d'elles, qui ont ignoré l'empêchement qui le rendait nul. On demande s'ils peuvent avoir l'effet de légitimer les enfants nés du commerce qu'ont eu les parties, avant ce mariage putatif, et dans un temps où ils étaient capables de contracter mariage ensemble ? Non. Si on donne à ce mariage putatif les effets civils afin que les enfants qui en sont nés, aient le titre et les droits d'enfants légitimes, c'est qu'ils sont nés d'un commerce innocent, au moins de la part d'une des parties : mais ceux nés du commerce que les parties ont eu avant ce mariage putatif, étant nés d'un commerce criminel de la part des deux parties, ne méritent pas qu'on s'écarte des règles en leur faveur. Le vice du commerce dont ils sont nés ne peut être purgé, et ils ne peuvent être légitimés que par la force et l'efficace d'un véritable mariage qui serait intervenu depuis entre leurs père et mère : un mariage putatif ne peut avoir cet effet. A plus forte raison, le mariage putatif ne peut légitimer les enfants nés auparavant, si lors du commerce qu'ont eu leurs père et mère, et dont ils sont nés, leurs père et mère étaient déjà alors incapables de contracter mariage ensemble, quoiqu'ils ignorassent l'empêchement ; car en ce cas, ces enfants ne pourraient pas être légitimés, même par un mariage légitime, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 416.

C'est pourquoi par l'arrêt intervenu dans l'affaire du fameux Jean Maillard, le 15 mars 1674, qui est rapporté au 2[e] tome du *Journal des Audiences* (liv. 9, ch. 5), les enfants nés du commerce que Thibaut de La Boissière avait eu avec la

[1] Le mariage quoique contracté *in extremis* peut être valable, et alors il opérera la légitimation.

femmede Maillard, qu'on croyait mort, et qu'il avait depuis épousée, furent avec raison déclarés illégitimes, et n'avoir pu être légitimés par le mariage que leurs père et mère avaient depuis contracté; lequel, par la représentation de Maillard, se trouva nul; car ces enfants n'auraient pas même pu être légitimés par un mariage légitime [1], suivant les principes établis *suprà*, *eod.* n° 416.

420. L'inégalité de condition des parties qui contractent mariage, n'étant pas, selon notre droit français, seule suffisante pour empêcher que leur mariage ne soit valable, ni pour empêcher qu'il n'ait les effets civils; c'est une conséquence qu'elle n'empêche pas que les enfants nés du commerce que les parties ont eu avant leur mariage, ne soient légitimés par le mariage, quoique quelques anciens docteurs, cités par Fachin, lib. 3, *Contr.*, cap. 53, aient été d'opinion contraire.

421. Personne ne doute que le mariage a la force de légitimer les enfants nés du commerce charnel que les parties ont eu auparavant ensemble, quoique l'une d'elles, depuis ce commerce, en ait contracté un avec une autre personne, après la dissolution duquel elles se sont mariées ensemble. Il y a néanmoins une raison de douter, qui est, qu'en ce cas on ne peut pas, pour la fiction de la légitimation, rétrograder leur mariage au temps du commerce qu'elles ont eu ensemble, y ayant un mariage contracté par l'une des parties avec une autre personne, dans le temps intermédiaire depuis ce commerce; mariage qui fait obstacle à cette rétrogradation.

La réponse est que la fiction de cette rétrogradation n'est pas absolument nécessaire pour la légitimation : il suffit qu'on puisse favorablement supposer que, lors du commerce que les parties ont eu ensemble, elles ont eu ce commerce en vue du mariage qu'elles se proposaient alors de contracter; que l'une des parties a depuis changé de dessein en se mariant à une autre personne; mais qu'après la dissolution de ce mariage, elles ont enfin exécuté leur premier dessein. Le mariage intervenu avec une autre personne pendant le temps intermédiaire, n'empêche point qu'on ne puisse supposer tout cela; et tout cela étant supposé, le commerce d'où les enfants sont nés, étant supposé intervenu en vue du mariage que les parties se proposaient alors de contracter ensemble, et qu'elles ont effectivement contracté par la suite, on peut considérer ce commerce comme ayant été en quelque façon une espèce d'anticipation du mariage qu'elles ont contracté par la suite, et les enfants comme étant, par anticipation, enfants de ce mariage, et légitimés par ce mariage [2].

§ IV. *Comment se fait la légitimation.*

422. La légitimation des enfants nés du commerce charnel que les parties ont eu avant leur mariage, se fait par la seule force et efficace du mariage que leurs père et mère contractent : *Tanta est vis matrimonii, ut qui anteà sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur.*

Il n'est donc pas nécessaire que le consentement du père et de la mère intervienne pour cette légitimation; il n'est pas en leur pouvoir de priver leurs enfants du droit que la loi leur donne, par l'effet qu'elle donne au mariage de leurs père et mère de les légitimer.

Il est encore moins nécessaire que, lors de la célébration du mariage, on ait fait paraître ces enfants sous le poêle. Cette cérémonie est une reconnaissance solennelle que les parties contractantes font de ces enfants, mais qui n'est pas nécessaire, lorsqu'elles les ont reconnus pour leurs enfants, de quel-

[1] La décision devrait être la même aujourd'hui.

[2] En considérant la légitimation comme un bienfait de la loi, comme un effet légal du mariage, on n'aurait pas besoin d'invoquer si souvent cette fiction d'anticipation de mariage. Les conséquences sont alors plus nettes.

que autre manière que ce soit, soit avant, soit depuis leur mariage; et en un mot, lorsque ces enfants peuvent, de quelque manière que ce soit, justifier leur état [1].

423. Il y a un peu plus de difficulté de savoir si les enfants sont légitimés malgré eux, ou si au contraire un enfant peut empêcher l'effet qu'a le mariage de légitimer les enfants nés auparavant, en protestant par écrit qu'il ne veut pas l'être. Il ne peut y avoir lieu à cette question dans nos provinces de pays coutumier. S'il est mineur, il ne peut pas renoncer à ses droits, ni par conséquent à des droits aussi avantageux que ceux que lui procure la légitimation : s'il est majeur, ne trouvant qu'à gagner à la légitimation, qui ne peut lui apporter aucun préjudice, il ne peut jamais arriver qu'un enfant refuse d'être légitimé. La question ne peut avoir lieu que dans les pays de droit écrit, où les droits de la puissance paternelle étant très considérables, même sur les enfants majeurs, un enfant naturel pourrait avoir quelque intérêt à refuser la légitimation, pour n'y être pas soumis. Fachin, lib. 3, *Controv.*, cap. 54, propose la question, et il se range à l'avis de ceux qui soutiennent que les enfants nés avant le mariage, ne peuvent être malgré eux légitimés par le mariage de leur père avec leur mère. Ces docteurs se fondent principalement sur la Novelle 91, cap. 11. où Justinien dit effectivement qu'un père ne peut légitimer ses enfants malgré eux, par quelque manière de légitimation que ce soit, *sive.... sive per instrumentorum* (*dotalium*) *celebrationem ;* ce qui désigne la légitimation qui se fait en contractant un mariage légitime avec leur mère. Ces docteurs ajoutent que la légitimation étant un droit établi en faveur des enfants, ils peuvent y renoncer, suivant la règle, *Unicuique licet juri in favorem suum introducto renuntiare.* Ceux de l'opinion contraire répondent que la question ne doit pas se décider par la disposition de la Novelle ci-dessus alléguée. Nous avons tiré nos principes sur la légitimation, plutôt du droit canonique que des lois romaines, qui, comme nous l'avons déjà observé ci-dessus, n° 410, ont sur cet objet peu d'application à notre droit; or il paraît que, suivant les principes du droit canonique, la légitimation des enfants nés avant le mariage, s'opère de plein droit par la seule efficace du mariage que leurs père et mère contractent; et quoique cette légitimation soit établie principalement en faveur des enfants, elle ne l'est pas seulement en leur faveur; elle l'est aussi en faveur des père et mère. Il ne doit donc pas être au pouvoir des enfants de renoncer à la légitimation, et de priver leurs père et mère des droits que la légitimation accorde sur eux à leurs père et mère ; de même qu'il n'est pas au pouvoir des père et mère de priver leurs enfants des droits que la légitimation leur donne [2].

§ V. *Quels sont les effets de cette légitimation.*

424. La légitimation des enfants nés avant le mariage, que le mariage de leurs père et mère opère, a bien plus d'effet que celle qu'un bâtard obtient par lettres du prince [3]. Celle-ci n'accorde aux enfants légitimés que le droit de

---

[1] Le Code exige la reconnaissance préalable, ou dans l'acte de mariage, et c'est une condition indispensable de la légitimation « lorsque ceux-ci « (les père et mère) les auront légalement reconnus avant leur mariage, ou qu'ils les reconnaîtront dans l'acte même de célébration, » V. art. 331, C. civ., ci-dessus, p. 83, note 3.

[2] L'enfant n'aurait d'autre moyen que d'attaquer la reconnaissance. *V.* art. 339, C. civ.

Art. 339 : « Toute reconnaissance « de la part du père ou de la mère, « de même que toute réclamation de « la part de l'enfant, pourra être contestée par tous ceux qui y auront intérêt. »

[3] Nous ne reconnaissons plus de semblables légitimations.

porter le nom de leur père, et de porter ses armes avec une brisure : elle ne les rend pas habiles à succéder ni à leur père, ni à leur mère, ni à aucun parent de la famille de leur père ou de leur mère.

Au contraire la légitimation qui s'opère par le mariage, rend les enfants nés avant le mariage, aussi parfaitement légitimes que s'ils étaient nés durant le mariage : elle leur donne tous les mêmes droits, et ne met aucune différence entre eux et les enfants nés durant le mariage ; jusque-là même qu'elle donne le droit d'aînesse aux enfants nés avant le mariage, sur ceux nés durant le mariage [1].

425. Mais si dans le temps intermédiaire du commerce charnel d'où ces enfants sont nés, et du mariage de leurs père et mère, qui les a légitimés, l'une des parties, *putà*, le père avait contracté un premier mariage avec une autre femme, après la mort de laquelle il a épousé en secondes noces la mère desdits enfants, lesdits enfants n'auront pas le droit d'aînesse sur les enfants du premier mariage : « car, quoiqu'ils soient venus au monde avant eux, ils « ne sont néanmoins nés à la famille de leur père qu'après eux, par le second « mariage que leur père a contracté avec leur mère. Ce second mariage qui « les a légitimés, les fait réputer enfants de ce second mariage ; or il serait « absurde que des enfants du second mariage fussent les aînés de ceux du « premier [2]. »

ART. III. — De certains mariages qui, quoique valablement contractés, n'ont pas les effets civils.

La déclaration du roi Louis XIII, de 1639, prive des effets civils certains mariages, quoiqu'ils aient été valablement contractés.

426. *Première espèce.* — La déclaration du roi Louis XIII, de 1639, prive des effets civils les mariages qu'on a affecté de tenir *secrets* jusqu'à la mort de l'un des deux conjoints.

Il y est dit, art. 5 : « Déclarons les enfants qui naîtront de ces mariages, « que les parties ont tenus jusqu'ici, ou tiendront à l'avenir cachés pendant « leur vie, qui ressentent plutôt la honte d'un concubinage, que la dignité d'un « mariage, incapables de toutes successions, aussi bien que leur postérité. »

Lorsque ces mariages ont été faits en face d'Église par le curé des parties, en présence de quatre témoins signandaires, et qu'ils n'ont d'autre vice que cette clandestinité, ces mariages sont valablement contractés ; ils subsistent quant au lien naturel : mais la déclaration du roi Louis XIII, que nous venons de rapporter, les prive des effets civils, en déclarant les enfants qui en naissent, *incapables de toute succession.*

On a élevé la question, si ces enfants étaient, par cet article, incapables, non-seulement des successions de leurs père et mère, mais même de celles de leurs parents collatéraux : il a été jugé par arrêt du 24 juillet 1704, qu'ils en étaient incapables. La question ne souffrait aucune difficulté : 1° Ces mots, TOUTES SUCCESSIONS, comprennent les collatérales comme les directes ; 2° Si la loi déclare ces enfants *incapables de successions*, ce n'est que parce qu'elle refuse au mariage dont ils sont nés, les effets civils, et par conséquent elle refuse à ces enfants les droits de parenté civile ; or n'ayant pas les droits de parenté civile, ils ne peuvent être capables d'aucune succession, n'y ayant que la parenté civile qui y donne droit.

---

[1] *V.* art. 333, C. civ.

Art. 333 : « Les enfants légitimés « par le mariage subséquent, auront « les mêmes droits que s'ils étaient « nés de ce mariage. »

[2] C'est la doctrine que reproduit l'art 333, par ces mots : « que s'ils « étaient nés *de ce* mariage » c'est-à-dire du mariage qui les a légitimés. *V.* la note précédente.

Leur postérité en est aussi déclarée incapable ; car ces enfants ne peuvent transmettre à leur postérité les droits de parenté civile qu'ils n'ont pas [1].

427. C'est à ceux qui attaquent ces mariages, à prouver la *clandestinité*. Plusieurs circonstances peuvent l'établir : — 1° lorsque la femme n'a pas pris le nom de son mari pendant tout le temps que le mariage a duré ; — 2° lorsque, dans les actes qu'elle a passés depuis son mariage, elle a pris la qualité de fille, ou de veuve d'un précédent mari ; — 3° lorsqu'une servante qui a épousé son maître, ou un domestique qui a épousé sa maîtresse, ont toujours continué de paraître dans la maison dans leur état de domestique.

La preuve de clandestinité qui résulte de ces circonstances, ou d'autres circonstances semblables, n'est pas détruite par les certificats qu'on rapporte de la publication des bans ; car il n'arrive que trop souvent qu'un prêtre les publie d'une manière à ne se pas faire entendre.

428. Si le mariage tenu secret pendant toute la vie de l'un des conjoints, lequel, comme s'exprime l'édit, *ressent plutôt la honte d'un concubinage que la dignité d'un mariage*, est puni de la privation des effets civils, même dans les enfants nés de ce mariage, quoiqu'ils soient innocents de la faute que leurs père et mère ont commise, en tenant secret leur mariage ; à plus forte raison doit-il être privé des effets civils par rapport à la veuve qui a participé à cette clandestinité. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du 26 mai 1705, rapporté par Augeard (t. 1, n° 265), par lequel Marie Sonvelle, ouvrière du palais, veuve du sieur Sonnet, trésorier des Suisses, dont le mariage avait été tenu secret pendant tout le temps qu'il avait duré, fut déclarée privée des effets civils de son mariage, en conséquence déchue de son douaire, et autres conventions matrimoniales. Les héritiers du mari furent seulement condamnés à lui restituer la somme que son défunt mari avait reconnu, par son contrat de mariage, avoir reçue d'elle en dot. La veuve avait à cet égard, contre les héritiers du mari, l'action qu'on appelle en droit, *condictio sine causâ*.

429. *Deuxième espèce.* — La déclaration de 1639 prive des effets civils une autre espèce de mariage. Elle porte, art. 6 : « Voulons que la même peine « (de la privation des successions) ait lieu contre les enfants qui sont nés de « femmes que les pères ont entretenues, et qu'ils épousent lorsqu'ils sont à « l'extrémité de la vie. »

Quoique ce mariage ait été célébré à l'Église, où cet homme s'est fait porter après la publication ou dispense de bans, et qu'il soit en conséquence valablement contracté, la loi ne veut pas qu'il ait les effets civils.

L'édit du mois de mars 1697 a confirmé sur ce point la déclaration de 1639, et il l'a étendue aux mariages des femmes qui épousent *in extremis* un homme avec qui elles ont eu un mauvais commerce. Il est dit à l'article dernier : « Voulons que l'article 6 de l'ordonnance de 1639, au sujet des mariages que « l'on contracte à l'extrémité de la vie, ait lieu, tant à l'égard des femmes qu'à « celui des hommes ; et que les enfants qui sont nés de leurs débauches avant « lesdits mariages, ou qui pourront naître après lesdits mariages contractés en « cet état, soient, aussi bien que leur postérité, incapables de toutes succes- « sions [2]. »

---

[1] Aucune loi nouvelle n'a reproduit cette ordonnance de Louis XIII ; le Code n'exige qu'une publicité antérieure ou concomitante, et nous ne voyons aucun motif légal pour priver des effets civils le mariage valablement contracté dès son principe : sauf toutefois en ce qui concerne les intérêts des parties qui auraient contracté avec les époux, à invoquer les circonstances indiquées par Pothier, pour priver la femme ou le mari des prérogatives et garanties que la loi accorde à la qualité de *mari* ou de *femme*.

[2] Cette sévérité ne se retrouve point dans nos lois actuelles : si le mariage est valable il doit produire les effets civils.

430. Il faut que ceux qui attaquent ces mariages, prouvent deux choses — 1° le mauvais commerce qui a précédé le mariage; — 2° que la personne était *in extremis* lorsque le mariage a été contracté.

Le mariage est censé contracté *in extremis*, lorsque la personne était au lit, malade d'une maladie qui avait un trait prochain à la mort, quoiqu'elle ne soit morte que quelques mois après.

Un homme qui avait eu mauvais commerce avec une femme, ayant été blessé d'un coup d'épée et l'ayant épousée six jours après, dans un temps où la blessure paraissait si dangereuse qu'il reçut l'extrême-onction le jour de son mariage ; la cour, par arrêt du 28 février 1667, jugea que ce mariage avait été contracté *in extremis*, quoiqu'il eût survécu cinquante-quatre jours depuis, et réduisit à des aliments les enfants qu'il avait eus de cette femme. L'arrêt est rapporté au 2e tome du Journal des Audiences (liv. 6, ch. 14).

Il y a deux autres arrêts rapportés au même tome, l'un du 22 décembre 1672, l'autre du 3 juillet 1674 (liv. 11, ch. 16 et 17), par lesquels des mariages furent réputés faits *in extremis*, quoique, dans l'espèce du premier, l'homme eût survécu soixante-cinq jours; et dans l'espèce du second, quarante-deux jours.

Il en serait autrement si la maladie dont la personne était déjà attaquée lorsque le mariage a été contracté, n'avait pas encore un trait prochain à la mort, mais pouvait durer plusieurs années, quoiqu'elle fût mortelle et jugée incurable, et que ce soit celle dont la personne est morte.

Par exemple, si lorsque le mariage a été contracté, la personne était attaquée d'hydropisie ou de pulmonie; si ces maladies n'étaient pas alors dans leurs derniers périodes, pouvant durer plusieurs années, le mariage ne serait pas censé contracté *in extremis*, quoique la personne soit morte de ces maladies.

431. Le mariage n'est pas censé avoir été contracté *in extremis*, quoique la personne soit morte de mort subite le jour même du mariage, si elle n'était pas malade lorsqu'elle l'a contracté.

Quoique l'état de grossesse soit un état dangereux, néanmoins lorsqu'il n'y a pas d'accidents, la grossesse étant un état naturel, et n'étant pas une maladie, le mariage qu'une femme contracte dans cet état, n'y ayant pas encore d'accident extraordinaire, n'est pas censé contracté *in extremis*, et n'est pas dans le cas de l'édit, quoique par des accidents survenus depuis que le mariage a été contracté, cette femme soit morte dès le lendemain. C'est ce qui a été jugé par un arrêt (du 5 septembre 1675) rapporté au *Journal du Palais* (t. 1er, p. 712).

432. Quoique le mariage ait été contracté *in extremis*, si la personne étant en pleine santé, avait fait ce qui était en son pouvoir pour le contracter, et qu'elle en ait été empêchéepar les traverses qu'on lui a suscitées, et par les oppositions qu'on lui a formées, dont elle n'a pu avoir mainlevée plutôt, ce mariage ne doit pas être privé des effets civils. On ne peut en ce cas rien imputer à cette personne. On ne peut pas dire qu'elle ait attendu qu'elle fût *in extremis*, pour contracter son mariage : ce n'est pas par conséquent le cas de la loi. C'est ce qui a été très sagement jugé par un arrêt du parlement de Normandie, du 29 juillet 1717, rapporté au 6e tome du Journal (liv. 7, ch. 58).

433. *Troisième espèce.* — Une troisième espèce de mariage qui, quoique valablement contracté, et quoiqu'il subsiste quant au lien naturel, est néanmoins privé des effets civils, est celui que contracte une personne qui a perdu l'état civil par une condamnation à mort.

C'est la disposition de la déclaration de 1639, art. 7, qui dit : « Voulons « que la même peine (de la privation des successions) ait lieu..... aussi contre « les enfants procréés par ceux qui se marient après avoir été condamnés à « mort, même par les sentences de nos juges rendues par défaut, si avant leur « décès ils n'ont été remis au premier état, suivant les lois prescrites par nos « ordonnances. »

Indépendamment de cette disposition, il est impossible *per rerum naturam*, qu'une telle personne puisse contracter un mariage qui ait les effets civils; car étant, par sa mort civile, regardée dans la société comme n'existant plus, quant à ce qui est de l'ordre civil, c'est une conséquence qu'elle ne peut être capable d'un mariage civil.

C'est pourquoi ces termes : *par les sentences de nos juges*, qui se trouvent dans la disposition que nous venons de rapporter, ne doivent pas la restreindre aux sentences des juges royaux, les sentences capitales des juges des seigneurs ayant le même effet [1].

434. Lorsqu'une personne condamnée à une peine capitale par contumace, s'est mariée, et est morte dans les cinq ans de la publication de la sentence, sans s'être représentée, son mariage doit-il avoir les effets civils? Oui; car, pendant les cinq ans, son état civil est plutôt suspendu que perdu; et lorsqu'il meurt dans les cinq ans, il meurt *integri statûs*, et est censé ne l'avoir jamais perdu; ordonnance de 1670, tit. 17, art. 29. Son mariage est donc en ce cas le mariage d'une personne qui doit être censée n'avoir jamais perdu l'état civil, et par conséquent rien n'empêche qu'il ne soit un mariage civil, qui ait les effets civils [2].

C'est pourquoi ces termes de l'édit, ci-dessus rapportés : « Si avant leur dé« cès, ils n'ont été remis dans leur premier état, suivant les lois prescrites par « nos ordonnances, » me paraissent ne pouvoir s'appliquer qu'au cas auquel le condamné n'est mort qu'après les cinq ans; auquel cas il meurt sans avoir été remis dans son premier état, s'il n'y a été remis en se représentant, ou étant constitué prisonnier : car, lorsqu'il meurt dans les cinq ans, il est censé ne l'avoir jamais perdu.

Ce que nous venons de dire sur le mariage d'un condamné à mort dans les cinq ans, est exactement conforme aux maximes établies par M. Lenain, avocat général, dans son plaidoyer rapporté au 5e tome du Journal, 2e partie, liv. 9, chap. 11 (sur arrêt du 25 mars 1709).

435. Observez que si la femme, lors de son mariage, a ignoré que l'homme qu'elle épousait, avait perdu l'état civil, sa bonne foi donne à ce mariage les effets civils, comme nous le verrons en l'article suivant.

436. Il nous reste à faire une observation générale à l'égard des enfants qui naissent de ces espèces de mariages qui, quoique valablement contractés, n'ont pas les effets civils. Ces enfants n'ont pas à la vérité les droits que les effets civils du mariage donnent aux enfants, tels que les droits de famille, de succession, de douaire, de légitime, etc.; mais le mariage dont ils sont nés, étant un véritable mariage, ils ne sont pas bâtards, et ils sont en conséquence capables d'être promus aux ordres sacrés et aux bénéfices.

ART. IV. — Du cas auquel un mariage, quoique nul, a des effets civils que lui donne la bonne foi des parties qui l'ont contracté.

437. Le cas auquel un mariage, quoique nul, a des effets civils, est lorsque les parties qui l'ont contracté, étaient dans la bonne foi, et avaient une juste cause d'ignorance d'un empêchement dirimant qui le rendait nul [3].

---

[1] Art. 25, C. civ. : « Il (le condamné « à la mort civile) est incapable de « contracter un mariage qui produise « aucun effet civil. »

[2] D'après le Code la mort civile n'atteint point le condamné par contumace dans les cinq années qui suivent l'exécution, mais il est pendant ce temps privé de l'exercice des droits civils, et s'il meurt dans ce délai, il sera *réputé* mort dans l'intégrité de ses droits, ce qui paraît suffire pour valider, dans ce cas, le mariage qu'il aurait contracté.

[3] *V.* art. 201 et 202, C. civ., ci-dessus, p. 44, note 1.

On peut apporter pour exemple le cas auquel la femme d'un soldat qu'on avait vu, le jour d'un combat, couché parmi les morts sur le champ de bataille, et qu'on avait en conséquence cru mort, quoiqu'il ne le fût pas, se serait mariée à un autre homme, sur la foi d'un certificat de mort de son mari, en bonne forme, qu'elle aurait du major du régiment. Si, longtemps après, et depuis qu'elle a eu des enfants de ce second mariage, son premier mari, qu'on croyait mort, vient à reparaître, il n'est pas douteux que le second mariage que cette femme a contracté, est nul; qu'elle doit quitter son second mari, et retourner avec le premier; son premier mariage qui a toujours subsisté, ayant été un empêchement dirimant du second : mais quoique ce second mariage soit nul, la bonne foi des parties qui l'ont contracté, lui donne, par rapport aux enfants qui en sont nés, les effets civils que produisent les mariages, en donnant aux enfants les droits de famille, et tous les autres droits qu'ont les enfants nés d'un légitime mariage. En conséquence les enfants nés de ce second mariage viendront aux successions de leurs père et mère, et même concourront à celle de leur mère avec les enfants qu'elle a eus de son premier mariage.

Comment, direz-vous, ce mariage qui est nul, peut-il donner ces droits aux enfants qui en sont nés? car, *quod nullum est, nullum producit effectum.* La réponse est, que si ce mariage, en tant qu'il est considéré comme nul, ne peut pas les leur donner, la bonne foi des parties qui l'ont contracté, les leur donne, en suppléant à cet égard au vice du mariage.

438. La bonne foi des parties qui ont contracté un mariage nul, donne-t-elle pareillement à ce mariage les effets civils, à l'effet de confirmer entre elles leurs conventions matrimoniales, et de donner à la femme un douaire? Il y a même raison.

On opposera que les conventions matrimoniales dépendent de la condition, *si nuptiæ sequantur,* laquelle n'a pas été accomplie, puisqu'on ne peut pas dire qu'elles ont été suivies d'un mariage entre les parties; celui qui a suivi n'étant pas un véritable mariage, puisqu'il est nul. La réponse est, que la bonne foi des parties qui l'ont contracté, supplée à la nullité de ce mariage, et fait regarder la condition comme accomplie, de même qu'elle fait regarder comme légitimes les enfants qui en sont nés.

439. Lorsqu'il n'y a que l'une des parties qui a ignoré de bonne foi l'empêchement dirimant qui rendait nul le mariage qu'elle a contracté avec l'autre partie, sa bonne foi suffit-elle pour donner à ce mariage, quoique nul, les effets civils par rapport aux enfants qui en sont nés, et pour leur donner les droits d'enfants légitimes, même vis-à-vis de l'autre partie qui était de mauvaise foi? Le droit canonique a décidé pour l'affirmative, et a porté jusque-là en faveur de la bonne foi. C'est la décision du chapitre *Ex tenore,* **14,** Extr. *Qui filii sint legitimi*[1].

Ce chapitre est dans l'espèce d'un homme qui, du vivant de sa femme, avait épousé une autre femme, laquelle ignorait qu'il fût marié. Innocent III décide que la bonne foi de la mère faisait réputer légitimes les enfants qu'elle avait eus de ce mariage nul, même à l'effet de recueillir la succession de leur père, qui avait contracté de mauvaise foi.

On peut aussi rapporter pour exemple le cas d'un prêtre qui ayant résidé très-longtemps en habit laïque dans une ville éloignée de son pays, où il n'était pas connu pour ecclésiastique, y aurait épousé une femme qui le croyait de bonne foi laïque. La bonne foi de cette femme, et la juste ignorance en laquelle elle a été de l'empêchement dirimant qui rendait nul le mariage qu'elle a contracté avec cet homme, suffit pour donner aux enfants qui en sont nés, les droits d'enfants légitimes, non-seulement vis-à-vis de leur mère, qui était

---

[1] C'est ce que décide l'art. 202, C. civ. *V.* ci-dessus, p. 44, note 1.

dans la bonne foi, mais même vis à-vis de leur père, qui n'y était pas. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du 4 février 1689, rapporté au 4[e] tome du *Journal des Audiences* (liv. 4, ch. 7), dans l'espèce d'un mariage contracté par un chevalier de Malte, qui avait caché sa qualité de profès. L'enfant né de ce mariage, quoique nul, fut, en conséquence de la bonne foi de la mère, déclaré avoir les droits d'enfant légitime, et de porter le nom et les armes de son père.

A l'égard de la femme qui a été trompée, il n'est pas douteux qu'elle peut poursuivre l'exécution de ses conventions matrimoniales contre l'homme qui l'a trompée et contre ses héritiers, et qu'ils ne sont pas recevables à opposer, pour s'en défendre, la nullité du mariage; puisque cette nullité procède du fait de cet homme, et qu'il a trompé la femme, en lui taisant l'empêchement qui la causait. C'est ce qui a été jugé par arrêt du 22 janvier 1693, rapporté au 4[e] tome du *Journal des Audiences* (liv. 8, ch. 1), en faveur d'une femme qu'un nommé Fauber, récollet profès, dont on ignorait l'état, avait épousée. L'arrêt adjugea à cette femme la moitié de la communauté, qui était opulente, et toutes ses conventions matrimoniales.

440. Si la bonne foi de l'une des parties donne les effets civils à un mariage nul, à plus forte raison peut-elle les donner à un mariage véritable, lorsque l'une des parties a ignoré de bonne foi le vice qui le privait des effets civils; comme lorsqu'une femme a épousé de bonne foi un homme qui avait perdu l'état civil par une condamnation à peine capitale, dont la connaissance n'avait pu parvenir à cette femme; le jugement ayant été rendu dans un pays éloigné, et avant qu'elle eût connu cet homme. La bonne foi de cette femme donne en ce cas à ce mariage les effets civils, à l'effet que les enfants qui en sont nés, aient les droits d'enfants légitimes, et puissent succéder à leur mère et à leurs parents maternels.

Mais ces enfants ne peuvent ni succéder aux biens de leur père, qui sont acquis au fisc, ni avoir les droits de famille dans la famille de leur père, puisque leur père les ayant perdus avant qu'ils fussent au monde, n'a pu les leur communiquer [1].

441. La bonne foi des parties, ou de l'une d'elles, peut bien donner les droits d'enfants légitimes aux enfants nés du commerce qu'elles ont eu depuis le prétendu mariage, dont elles ignoraient le vice; car ce commerce était, par rapport à leur bonne foi, un commerce innocent, au moins de la part de celle des parties qui était en bonne foi; mais la bonne foi que les parties ont eue en contractant ce prétendu mariage, ne peut donner les droits d'enfants légitimes aux enfants nés du commerce qu'elles ont eu ensemble auparavant; car ce commerce est un commerce criminel de la part des deux parties, dont le vice ne peut être purgé que par un véritable mariage.

Ceci s'éclaircira par un exemple. Une femme a eu un enfant du commerce qu'elle a eu avec un prêtre dont elle ignorait la condition. Depuis elle a épousé ce prêtre, dont elle continuait d'ignorer la condition, et elle en a eu d'autres enfants. Ceux nés depuis le prétendu mariage seront légitimes; car ils sont nés d'un commerce qui était innocent de la part de leur mère, qui croyait de bonne foi avoir contracté un mariage légitime avec cet homme : mais l'enfant né du commerce que cette femme a eu avant le mariage, n'est pas légitime; car il est né d'un commerce criminel de la part des deux parties. La femme savait bien qu'elle commettait une fornication. Il est vrai que le vice d'une fornication peut se purger par un mariage que l'homme et la femme qui l'ont commise, contractent depuis ensemble; mais dans l'espèce présente, n'ayant

[1] Il leur est impossible de se rattacher à la famille qu'avait leur père, lui-même n'ayant plus avec ses anciens parents de relations civiles.

pu intervenir de mariage légitime entre les parties, le prêtre étant incapable d'en contracter, le vice du commerce dont l'enfant est né, n'a pu être purgé[1].

Cette question a été jugée par l'arrêt rendu dans l'affaire du fameux Jean Maillard, du 15 mars 1674, qui est rapporté au 2e tome du *Journal des Audiences* (liv. 9, ch. 5). Le sieur Thibault de La Boissière avait eu des enfants de Marie Delatour, femme dudit Maillard, qu'on croyait mort. Depuis, il avait épousé ladite Delatour, sur la foi d'un certificat de mort donné par un capitaine. Jean Maillard s'étant par la suite représenté après quarante années d'absence, et le mariage du sieur Thibaut de La Boissière avec la femme dudit Maillard, ayant en conséquence été déclaré nul, les enfants qu'il avait eus d'elle auparavant, furent, par l'arrêt, déclarés illégitimes; un mariage nul, quoique contracté de bonne foi, n'ayant pu les légitimer.

---

[1] Nous croyons bien avec Pothier qu'un mariage putatif ne peut produire la légitimation des enfants qui seraient nés avant la célébration, mais l'exemple qu'il donne ne nous paraît pas admissible aujourd'hui, aucune loi ne défendant le mariage des prêtres.

SIXIÈME PARTIE.

DES CASSATIONS DE MARIAGES ; DE LEUR DISSOLUTION, ET DE LA SÉPARATION D'HABITATION.

CHAPITRE PREMIER.

Des cassations de mariages.

442. Aucune puissance ne peut casser un mariage, lorsqu'il a été valablement contracté ; car Dieu même ayant formé le lien du mariage, aucune puissance humaine ne peut le dissoudre : *Quod Deus conjunxit, homo non separet* [1].

Mais lorsqu'il y a contestation sur la validité d'un mariage, il appartient au juge de décider s'il a été valablement contracté, ou non ; et le jugement par lequel le juge déclare qu'il n'a pas été valablement contracté, et qu'il est nul, est ce que nous appelons ici *cassation de mariage* [2].

Nous verrons sur cette matière,—1° par qui peuvent être intentées les demandes en cassation de mariage ;—2° par quelles voies, et devant quels juges ; —3° quel est l'office du juge sur ces demandes.

ART. I[er]. — Par qui les demandes en cassation de mariage peuvent-elles être intentées.

Les demandes en cassation de mariage peuvent être intentées,—1° par l'une des parties qui l'ont contracté ; — 2° par leurs père et mère ; — 3° par leurs autres parents ; —4° quelquefois par la partie publique.

§ I[er]. *Des parties qui ont contracté le mariage.*

443. Chacune des parties qui ont contracté mariage, peut intenter contre l'autre la demande en cassation de mariage, lorsqu'elle prétend qu'il y a un empêchement dirimant qui le rend nul.

Cette demande peut être intentée, même par celle des parties qui a trompé l'autre, en lui cachant un empêchement qui le rend nul. Par exemple, si un

[1] Il nous paraît y avoir un peu d'exagération dans l'application de cette maxime : le chapitre même d'où elle est tirée, qui est le 19[e] de l'évangile de saint Mathieu, admet une exception, *nisi ob fornicationem* : et lorsque les disciples de Jésus-Christ lui disent : *Si ita est causa hominis cum uxore, non expedit nubere ;* il leur fait une réponse peu satisfaisante et surtout peu claire : il le reconnaît lui-même par ces expressions : *Qui potest capere capiat !!* Il est vrai qu'il leur avait dit : *Non omnes capiunt verbum istud, sed quibus datum est.*

[2] C'est ce que le Code appelle *demande en nullité de mariage* (liv. 1, tit. 5, ch. 4, art. 180 à 202).

homme engagé dans les ordres sacrés, ou dans l'état de religion par des vœux solennels, s'est marié à une femme à qui il a caché son état, qui n'était pas connu dans le lieu où il faisait depuis longtemps sa résidence, ce prêtre ou ce moine est reçu à intenter contre la femme qu'il a trompée, la demande en cassation de leur mariage.

On opposera les maximes : *Nemo audiri debet propriam allegans turpitudinem* : *Nemo ex proprio dolo consequi potest actionem*, et autres semblables. La réponse est, que ces maximes n'ont d'autre objet qu'un intérêt particulier du demandeur : mais la demande qu'une partie forme en cassation de mariage, quoique ce soit par son dol qu'il été contracté, a, outre l'intérêt du demandeur, un objet d'honnêteté publique, qui serait blessée, si on laissait subsister un mariage que l'honnêteté publique et les lois ne permettent pas de laisser subsister; et cette raison d'honnêteté publique doit faire admettre la demande [1].

444. Il faut néanmoins à cet égard distinguer les vices *absolus* d'un mariage, et ceux qui sont seulement *respectifs*.

Nous appelons ici *vices absolus* ceux qui résultent de quelque empêchement dirimant qui se rencontre, ou dans les deux parties, tels que sont ceux de parenté ou d'affinité, etc., ou dans l'une des parties, tels que sont ceux qui résultent de la profession religieuse ou des ordres sacrés, dans lesquels l'une des parties est engagée; ou qui résultent d'un défaut dans la forme de la célébration, *putà*, de ce que le mariage n'a pas été célébré en face d'église, ou de ce qu'il l'a été par un prêtre étranger, sans permission de l'église ou du curé.

Nous appelons *vices respectifs*, ceux qui ne sont vices d'un mariage que parce qu'on a violé le droit de quelqu'une des parties intéressées, tels que sont ceux qui résultent du défaut de consentement des père et mère au mariage de leurs enfants mineurs; celui qui résulte de la violence faite à l'une des parties contractantes, pour extorquer d'elle son consentement.

Chacune des parties peut donner la demande en cassation de son mariage pour raison de quelqu'un des vices *absolus*; mais la demande en cassation de mariage ne peut être intentée pour raison des vices *respectifs*, que par la partie qui prétendrait qu'on aurait violé ses droits. Par exemple, il n'y a que les père et mère qui puissent attaquer le mariage pour le défaut de leur consentement. Lorsque les père et mère ne s'en plaignent pas, et qu'ils n'attaquent pas le mariage, ils sont censés y consentir; et ni l'une ni l'autre des parties qui ont contracté le mariage sans ce consentement des père et mère, n'est recevable à en demander la cassation pour le défaut de ce consentement.

Pareillement, lorsque le consentement de l'une des parties à son mariage, a été extorqué par violence ou par séduction, il n'y a que cette personne qui soit reçue à intenter l'action en cassation de mariage; l'autre partie n'y est pas recevable [2].

---

[1] Pothier prend cet exemple, parce qu'il regarde l'engagement dans les ordres, comme un empêchement tenant à l'ordre public. Aussi l'appelle-t-il dans le n° suivant *vice absolu*.

[2] Les *vices relatifs* sont, d'après le Code, la violence, l'erreur qui vicie le consentement des parties, et le défaut de consentement des ascendants ou de la famille. *V.* art. 180, ci-dessus, p. 133, note 1 et 182, p. 139, note 1.

Les *vices absolus* sont : le défaut d'âge, un mariage préexistant, les degrés de parenté ou d'alliance prohibés, l'incompétence de l'officier de l'état civil, et la clandestinité. *V.* art. 184 ci-après, et 191, C. civ., p. 28, note 1.

Art. 184 : « Tout mariage contracté « en contravention aux dispositions « contenues aux art. 144 (âge de puberté), 147 (bigamie), 161 (parenté « et alliance en ligne directe), 162 « (parenté et alliance au deuxième de-

445. Le vice d'impuissance de l'une des parties qui ont contracté mariage, doit-il être regardé comme vice absolu, ou seulement respectif?—Quoique le vice d'impuissance soit un empêchement dirimant de mariage, pris dans la nature même du mariage, comme nous l'avons vu *suprà*, néanmoins, comme ce vice ne fait tort qu'à la partie avec qui l'impuissant a contracté mariage, qui ne peut se faire rendre par l'impuissant le devoir conjugal; que ce vice, qui est secret, ne peut blesser l'honnêteté publique, il ne doit être regardé que comme un vice *respectif;* en conséquence, il n'y a que la partie avec qui l'impuissant a contracté mariage qui soit recevable à intenter la demande en cassation de mariage pour raison de l'empêchement d'impuissance; et l'impuissant n'est pas reçu à attaquer son mariage pour cause de ce prétendu vice, lorsque la personne avec qui il a contracté mariage ne s'en plaint pas [1].

Observez aussi qu'une partie n'est pas recevable à attaquer son mariage pour cause d'impuissance de l'autre partie, après une cohabitation pendant un grand nombre d'années, surtout lorsqu'il y a eu des enfants baptisés, comme nés de ce mariage, ainsi que l'observa M. l'avocat général Portail, dans la cause d'un nommé Jourdain, dont le plaidoyer est rapporté au 4e tome du *Journal des Audiences* (liv. 5, ch. 15; arrêt du 30 décembre 1700).

§ II. *Des père et mère.*

446. Les père et mère d'un mineur qui s'est marié sans leur consentement, sont parties capables de poursuivre la nullité de son mariage; l'atteinte que ce mariage donne à la puissance paternelle, les rend intéressés à sa cassation, et recevables par conséquent à la poursuivre.

Si le père avait depuis donné des marques d'approbation au mariage contracté sans son consentement, il serait non recevable. Suivant ce principe, par arrêt du mois de décembre 1672, un père fut déclaré non recevable à attaquer le mariage de son fils, contracté sans son consentement, parce qu'il avait été parrain d'un enfant né de ce mariage. Cet arrêt est rapporté au 2e tome du *Journal des Audiences*, liv. 11, ch. 30.

Par la même raison, ces marques d'approbation que le père a données au mariage, font tomber l'exhérédation du fils, que le père aurait faite en punition de ce mariage. Mais la simple bénédiction que le père a donnée à ce fils au lit de la mort, n'est pas suffisante pour révoquer l'exhérédation. Le père, en ce cas, *censetur remisisse odium, et non satisfactionem injuriæ*, comme l'observa M. Talon, arrêt du 27 avril 1660, au *Journal des Audiences* (t. 1er, liv. 11, ch. 21).

Lorsqu'un fils de famille s'est marié en minorité, sauf le consentement de son père; si depuis, étant devenu majeur, il a déclaré vouloir persévérer dans ce mariage, ne paraissant pas d'ailleurs que c'est par une suite de la séduction commencée en minorité, le père cesse d'être recevable dans l'appel comme d'abus du mariage; il ne lui reste plus que le foudre de l'exhérédation, dont il peut user contre son fils. C'est ce qui a été jugé sur les conclusions de M. Talon, par un arrêt du 6 mars 1636, rapporté par Bardet [2] (t. 1, liv. 5, ch. 11).

§ III. *Des tuteurs.*

447. Lorsqu'un mineur qui n'avait ni père ni mère, a contracté mariage sans le consentement de son tuteur, le tuteur est aussi reçu à l'attaquer comme

---

« gré en ligne collatérale), et 163 (oncle « et nièce, tante et neveu), peut être « attaqué soit par les époux eux-mêmes, « soit par tous ceux qui y ont intérêt, « soit par le ministère public. »

[1] Cela nous paraît entièrement conforme à la raison. Il est entendu qu'il ne peut être question que d'une impuissance accidentelle, et antérieure au mariage.

[2] *V.* art. 182 et 183, C. civ., ci-dessus, p. 139, note 1

présumé entaché de séduction [1]. L'auteur des Conférences de Paris rapporte un arrêt du 12 avril 1704, contre un nommé Berger.

Voyez néanmoins la distinction que nous avons observée *suprà*, n° 336, entre le défaut de consentement des tuteurs, et le défaut de celui des père et mère.

§ IV. *Des parents collatéraux.*

448. Les parents de l'une ou de l'autre des parties qui ont contracté mariage, ne peuvent, à la vérité, tant que les deux parties vivent, attaquer la validité de leur mariage, n'ayant alors aucun intérêt né qui puisse les y rendre recevables; mais après la mort de l'une des parties, les parents, même collatéraux, de cette partie, sont recevables à attaquer le mariage, incidemment à quelque contestation sur quelque intérêt temporel.

Par exemple, les parents de la partie décédée peuvent revendiquer sa succession contre les enfants, en soutenant qu'ils ne sont pas habiles à succéder, et en leur formant, pour cet effet, la contestation sur la validité du mariage dont ils sont nés.

Pareillement, lorsqu'il n'y a pas d'enfant, les héritiers collatéraux du mari prédécédé, contre lesquels la veuve demande le paiement de son douaire et de ses conventions matrimoniales, peuvent s'en défendre, en formant à la veuve la contestation sur la validité de son mariage. Au reste, ils ne peuvent attaquer le mariage que pour des vices *absolus*, et non pour des vices *respectifs*, tels que la séduction, le défaut de consentement des père et mère, etc. Et même à l'égard des vices absolus qui pourraient se rencontrer dans le mariage, quoiqu'absolument parlant, les parents collatéraux de l'une des parties décédée aient le droit de les opposer en interjetant appel comme d'abus de son mariage, et qu'il y ait plusieurs exemples où ils y ont été reçus, néanmoins ils n'y sont reçus que difficilement. C'est ce que nous apprenons de M. d'Aguesseau, dans son plaidoyer en la cause des enfants de Jérôme Billon, qui est le 11e au second tome de ses œuvres : « Si l'on excepte, dit ce grand magistrat, certains défauts essentiels qui forment des nullités que le temps ne « peut jamais couvrir; certaines circonstances où la considération du bien « public, toujours plus forte que celle de l'intérêt particulier, semble se joindre « aux collatéraux, pour s'élever contre un mariage odieux; il est difficile « qu'ils puissent détruire toutes les fins de non-recevoir qu'on leur oppose « (de la part des enfants dont ils contestent l'état); le silence des père et « mère et des contractants mêmes, l'union de leur mariage, la possession « paisible de leur état, etc. »—Suivant ces principes, des collatéraux, par arrêt du 27 avril 1638, rapporté par Bardet (t. 2, liv. 7, ch. 20), furent mis hors de cour, sur l'appel comme d'abus d'un mariage auquel ils opposaient l'alliance du compérage que les conjoints avaient contractée auparavant. L'arrêt était fondé sur la bonne foi des conjoints, et sur la facilité qu'ils auraient eue d'obtenir dispense, s'ils eussent su que ce fût un empêchement [2].

Au reste, lorsque les circonstances rendent le mariage susceptible d'être attaqué par les parents collatéraux de l'une des parties, on ne peut leur opposer comme fin de non-recevoir, qu'ils ont paru donner quelque signe d'appro-

---

[1] C'est le consentement de la famille et non pas du tuteur qui est exigé. *V.* art. 160 et 182, ci-dessus, p. 139, note 1.

[2] *V.* Art. 187, C. civ., qui reproduit la même règle.

Art. 187 : « Dans tous les cas où, « conformément à l'article 184 (*V.* ci-« dessus, p. 202, note 2), l'action en « nullité peut être intentée par tous « ceux qui y ont un intérêt, elle ne « peut l'être par les parents colla-« téraux, ou par les enfants nés d'un « autre mariage, du vivant des deux « époux, mais seulement lorsqu'ils y « ont un intérêt né et actuel. »

bation de son mariage. Par exemple, la veuve à qui ils forment contestation sur la validité de son mariage, ne peut pas les y prétendre non recevables, sur le prétexte que, du vivant de leur parent, elle a reçu d'eux des lettres par lesquelles ils la traitaient de leur COUSINE. L'approbation donnée à un acte, ne rend non recevable à l'attaquer, que lorsqu'elle a été donnée dans un temps où le droit de l'attaquer était ouvert : on est censé en ce cas renoncer à son droit : mais en ce cas-ci, les parents collatéraux n'ayant eu aucun droit de critiquer, ni même d'examiner le mariage de leur parent de son vivant, les signes d'approbation qu'ils paraissent y avoir alors donnés, ne peuvent opérer contre eux aucune fin de non-recevoir pour l'attaquer après sa mort. C'est ce que nous apprenons du plaidoyer de M. Lenain, avocat général, sur les conclusions duquel fut rendu un arrêt du 1[er] août 1707, qui n'eut aucun égard à ces fins de non-recevoir. L'arrêt est rapporté au 5[e] tome du *Journal des Audiences* (liv. 7, ch. 36).

§ V. *Des autres personnes qui ont intérêt à faire déclarer le mariage nul.*

449. Toutes les personnes qui ont un intérêt né pour faire déclarer nul un mariage, sont recevables à l'attaquer par la voie de l'appel comme d'abus.

Supposons, par exemple, qu'un homme, du vivant d'une première femme, en a épousé une seconde, et que s'étant lassé d'elle, il est retourné avec la première. La seconde femme a un grand intérêt de faire déclarer nul le mariage fait avec la première, puisque sans cela, le sien qui a été fait du vivant de la première, ne peut pas être valable. Elle doit donc être reçue à l'attaquer par la voie de l'appel comme d'abus, pourvu que ce soit pour des nullités *absolues*; et elle ne serait pas recevable à proposer des nullités *respectives*.

Il en est de même des enfants de la seconde femme.

§ VI. *Du curé des parties.*

450. Le curé des parties ne peut pas attaquer le mariage de ses paroissiens, qui a été célébré sans sa permission par un prêtre étranger, sous prétexte qu'on a donné atteinte à ses droits. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du 29 décembre 1693, rapporté au cinquième tome des mémoires du clergé, qui déclare le curé de Réthel non recevable en l'appel comme d'abus qu'il avait interjeté du mariage de ses paroissiens, célébré à Paris sans sa permission, et renvoya les parties contractantes par-devant le diocésain pour recevoir pénitence, et procéder à la célébration de leur mariage, si faire se doit. La raison est que les curés n'ont de juridiction que dans le for pénitenciel ; ils n'ont aucune juridiction extérieure. En mariant leurs paroissiens, ils n'exercent aucun droit de juridiction sur eux : ils ne peuvent donc pas prétendre que ces paroissiens ont donné atteinte à leurs droits en se mariant ailleurs : c'est au ministère public à se plaindre de cette infraction à la loi, comme nous le verrons au paragraphe suivant.

Par la même raison, un curé n'est pas recevable à former opposition à un mariage que des personnes qu'il prétend être ses paroissiens, se proposent de célébrer dans une autre paroisse où ils font publier leurs bans, n'ayant aucun titre ni qualité pour s'opposer à la célébration d'un mariage [1].

§ VII. *De la partie publique.*

451. Les officiers qui sont chargés du ministère public, tels que sont les procureurs du roi dans les siéges royaux, et les procureurs fiscaux dans les justices des seigneurs, ne doivent pas faire de recherches de quelque nullité

---

[1] *A fortiori* sous la législation actuelle, ils ne doivent point être recevables.

ignoré du public, qui pourrait se rencontrer dans un mariage, pour attaquer ce mariage dont personne ne se plaint.

Mais lorsque le vice d'un mariage est public, et qu'il cause un scandale public, l'officier chargé du ministère public, étant chargé du maintien de la police et du bon ordre, et par conséquent d'arrêter les scandales qui le troublent, doit en ce cas poursuivre les parties devant le juge séculier, pour les contraindre à se séparer. Il doit même quelquefois les poursuivre extraordinairement par la voie de la plainte, pour la réparation du scandale qu'elles ont causé. On peut apporter pour exemple d'un mariage scandaleux, celui qu'un homme marié aurait du vivant de sa femme, et dans le lieu où elle demeure, et où elle est connue, contracté avec une autre femme.

Le maintien du bon ordre étant confié à la puissance séculière c'est dans les tribunaux séculiers que ceux qui ont contracté un mariage nul et scandaleux, doivent être poursuivis à la requête des procureurs du roi ou fiscaux, pour être contraints à se séparer. Il y aurait abus, s'ils étaient, pour cet effet, poursuivis à l'officialité par le promoteur. Nos rois ont, à la vérité, attribué aux juges d'église la connaissance des causes de mariage. Cela les rend compétents pour celles qui sont portées devant eux par l'une des parties, dans lesquels il s'agit uniquement de juger si le mariage a été valablement contracté ou non; mais lorsqu'il est question de réprimer le scandale que causent des personnes qui ont contracté un mariage ouvertement contraire à l'honnêteté publique et aux lois, et qui osent vivre en conséquence publiquement comme mari et femme, les juges d'église ne peuvent être compétents; ce n'est qu'à la puissance séculière qu'appartient le maintien du bon ordre, et le pouvoir de réprimer tout ce qui peut le blesser. C'est sur ces principes qu'est fondé l'arrêt du 16 février 1673, rendu sur les conclusions de M. Talon. Dans l'espèce de cet arrêt, qui est rapporté au *Journal des Audiences*, tome 2, livre 12, ch. 1[er], le promoteur en l'officialité de La Rochelle avait assigné devant l'official un nommé Engaigné et sa femme, pour voir déclarer nul leur mariage, qui avait été célébré par un prêtre étranger dans une chapelle domestique. L'official avait déclaré nul le mariage. Sur l'appel comme d'abus interjeté, tant de la sentence que de toute la procédure, la Cour dit qu'il avait été abusivement procédé; et faisant droit sur les conclusions du procureur général, enjoignit aux parties de se retirer devant l'évêque, pour que ce prélat, après leur avoir imposé une pénitence, fît procéder de nouveau à la célébration de leur mariage; et cependant défense de se fréquenter.

Depuis, le roi, par sa déclaration du 15 juin 1697, a attribué aux promoteurs des officialités le droit, dans un certain cas particulier, d'assigner les parties qui ont contracté un mariage nul, pour la réhabilitation de leur mariage, lorsque le procureur du roi n'agit pas. Voici les termes de cette déclaration : « Enjoignons à nos Cours de parlement, et autres nos juges.... lors-
« qu'ils jugeront des causes ou procès dans lesquels il s'agira de mariages
« célébrés par-devant des prêtres autres que les propres curés des contractants,
« sans en avoir obtenu les dispenses nécessaires; et même sur les poursuites
« que nos procureurs en pourront faire d'office dans la première année de la
« célébration desdits prétendus mariages, d'obliger ceux qui prétendent avoir
« contracté des mariages de cette manière, de se retirer par-devant leur ar-

---

[1] *V.* art. 190, C. civ., ci-après, et 191, ci-dessus, p. 28, note 1, qui consacrent les mêmes principes.

Art. 190 : « Le procureur du Roi, « dans tous les cas auxquels s'applique l'article 184 (*V.* ci-dessus, p. 202 « note 2), et sous les modifications « portées en l'article 185 (*V.* ci-dessus, « p. 40, note 1), peut et doit demander la nullité du mariage, du vivant « des deux époux, et les faire condamner à se séparer. »

« chevêque ou évêque, pour les réhabiliter selon les formes prescrites par les « saints canons et par nos ordonnances, après avoir accompli la pénitence « salutaire qui leur sera par eux imposée, telle qu'ils l'estimeront à pro- « pos. Permettons aussi aux promoteurs desdits archevêques ou évêques, « lorsque nos procureurs, ou des parties intéressées ne feront aucunes pour- « suites par-devant nos juges, de faire assigner devant lesdits archevêques ou « évêques, dans le terme ci-dessus, et après en avoir obtenu d'eux une per- « mission expresse, les personnes qui demeurent et vivent ensemble, et qui « n'ont point été mariées par les curés des paroisses dans lesquelles elles de- « meurent, et qui n'ont point obtenu dispense pour être mariées par d'autres « prêtres, aux fins de représenter auxdits prélats, dans un temps convenable, « les actes de célébration de leurs mariages. Voulons qu'en cas que les arche- « vêques et évêques trouvent que lesdits mariages n'aient pas été célébrés par « les propres curés des contractants, et qu'il n'y ait d'ailleurs aucun autre em- « pêchement, ils puissent leur enjoindre de les réhabiliter, selon les formes « prescrites par les saints canons et par nos ordonnances, après avoir accom- « pli la pénitence, etc. » Ensuite, il est enjoint aux juges, sur l'avis qui leur aura été donné par les évêques, de contraindre par des condamnations d'amendes, les parties à se séparer, faute par elles d'obéir aux ordonnances des évêques.

Observez qu'aux termes de cette déclaration, afin que le promoteur puisse assigner les parties pour la représentation de l'acte de célébration de leur mariage, il faut que plusieurs choses concourent ;—1° Il faut qu'il s'agisse d'un mariage célébré par un prêtre étranger, sans la permission de l'évêque ou du curé;—2° Il faut que les parties contractantes ne soient pas déjà traduites devant le juge royal, soit à la requête du procureur du roi, pour représenter leur acte de célébration; soit à la requête de quelque partie intéressée, *putà* des père et mère, qui y auraient formé une accusation en crime de rapt contre l'une des parties : c'est ce qui résulte de ces termes, *lorsque nos procureurs ou des parties intéressées ne feront aucunes poursuites par-devant nos juges;* —3° Il faut que ce soit dans l'année de la célébration du prétendu mariage que le promoteur donne cette assignation : c'est ce qui résulte de ces termes, *permettons aussi aux promoteurs.... dans le terme ci-dessus.* La raison est qu'après l'année de la célébration, la mémoire de l'irrégularité de la célébration du mariage est censée s'être effacée dans le public; et par conséquent cette irrégularité n'est plus un vice public qui offense le public [1] : d'où il suit que le procureur du roi, qui ne peut inquiéter les parties qui ont contracté un mariage dont personne ne se plaint, que pour des vices de leur mariage qui seraient publics, et qui offensent le public, ne peut plus, après l'année, assigner les parties pour cette irrégularité; et par la même raison, le promoteur, qui ne fait que suppléer le procureur du roi, ne le peut plus après ce temps ;—4° Enfin, il faut, pour que le promoteur puisse assigner les parties, qu'il en ait la permission de l'évêque, permission qui se met au bas de la requête qu'il lui présente pour cet effet.

Si les parties qui ont fait célébrer leur mariage par un prêtre étranger, peuvent être poursuivies pour rapporter l'acte de célébration de leur mariage, à plus forte raison le procureur du roi, surtout lorsque l'évêque lui en a donné avis, doit poursuivre celles qui, sans aucune célébration en face d'église, se font passer publiquement pour mari et femme : le juge royal doit en ce cas, sur la demande du procureur du roi, enjoindre aux parties, sous la commination de punition exemplaire, de se séparer jusqu'à la célébration de leur ma-

---

[1] On voit qu'on confondait autrefois la compétence du curé avec la publicité du mariage.

riage en face d'église, et les renvoyer à cet effet devant l'évêque, pour leur imposer pénitence.

ART. II. — Par quelles voies, et devant quels juges la cassation d'un mariage peut-elle être demandée.

452. *Premier cas.*—Lorsque c'est l'une des parties qui ont contracté le mariage, qui veut en poursuivre contre l'autre la cassation, elle a pour cet effet deux voies, l'une *ordinaire*, l'autre *extraordinaire*.

La *voie ordinaire* est l'assignation que la partie qui demande la cassation de son mariage, doit donner à l'autre devant l'official, pour en voir prononcer la nullité.

Quoique le mariage soit principalement un contrat civil, qu'il appartienne, de même que tous les autres contrats, à l'ordre politique, et qu'en conséquence il soit soumis à la puissance séculière, néanmoins comme, en tant qu'il est élevé à la dignité de sacrement, il renferme aussi quelque chose de spirituel, nos rois ont bien voulu permettre et attribuer aux juges d'église la connaissance des causes qui concernent les mariages, à la charge par eux de se conformer aux ordonnances [1].

L'édit du mois de décembre 1606 est formel. Il y est dit, art. 12 : « Nous « voulons que les causes concernant les mariages, soient et appartiennent à « la connaissance et juridiction des juges d'église, à la charge qu'ils seront « tenus de garder les ordonnances », etc.; ce qui est confirmé par l'édit de 1695, art. 34, qui porte : « La connaissance des causes qui concernent les sa« crements appartiendra aux juges d'église : enjoignons à nos officiers, même « à nos cours de parlement, de leur en laisser, et même de leur en renvoyer « la connaissance, sans prendre aucune juridiction ni connaissance des af« faires de cette nature, si ce n'est qu'il y eût appel comme d'abus interjeté « de quelque jugement, ordonnance ou procédure faite par le juge d'église, « ou qu'il s'agisse d'une succession, ou autres effets civils, à l'occasion des« quels on traiterait de l'état des personnes décédées, ou de celui de leurs « enfants. »

Le juge d'église n'est compétent que pour statuer sur la validité ou l'invalidité du mariage. Si une des parties prétend contre l'autre des dommages et intérêts, le juge d'église ne peut, sans abus, en connaître. Il doit en ce cas, après avoir statué sur la validité ou l'invalidité du mariage, renvoyer, pour les dommages et intérêts, les parties devant le juge séculier.

Pareillement, lorsque la question n'est pas de savoir si un mariage a été valablement contracté ou non, et qu'elle ne concerne que le fait; comme si, dans le cas où les registres d'une paroisse étant perdus, l'une des parties soutient qu'il a été célébré un mariage entre elle et l'autre partie, qui en disconvient, la cause n'est pas de la compétence de l'official, qui n'est juge que de la validité ou de l'invalidité des mariages ; elle est de celle du juge séculier ; parce qu'en ce cas il s'agit, *non de jure, sed de quasi possessorio matrimonii.* C'est ce qu'enseignait M. Talon, dans un plaidoyer sur une cause jugée par arrêt du 10 juin 1636, rapporté par Bardet [2] (t. 2, liv. 5, ch. 22).

---

[1] Il est évident que ces demandes doivent aujourd'hui être portées devant les tribunaux civils, sauf l'appel à la Cour royale.

[2] C'est une question de preuve du mariage, et non pas de sa validité. Cette preuve pourrait aujourd'hui être acquise par une procédure criminelle. *V.* art. 198, C. civ.

Art. 198 : « Lorsque la preuve d'une « célébration légale du mariage se « trouve acquise par le résultat d'une « procédure criminelle, l'inscription « du jugement sur les registres de l'état

Les juges d'église, auxquels nos rois ont attribué la connaissance des causes des mariages, sont les officiaux ; il y aurait abus si l'évêque en prenait connaissance par lui-même. En général, selon nos mœurs, les évêques ne peuvent exercer par eux-mêmes la juridiction contentieuse dont ils sont censés s'être démis en la personne de leurs officiaux.

453. La *voie extraordinaire* est l'appel comme d'abus que la partie peut interjeter en la grand'chambre du parlement (à qui la connaissance de l'abus est attribuée, par les ordonnances du royaume), des jugements, ordonnances, ou procédures faites par le juge d'église sur ce sujet, lorsqu'il s'y trouve quelque chose de contraire aux ordonnances ou aux canons. On peut aussi interjeter appel comme d'abus de la célébration du mariage, lorsqu'on prétend qu'il a été célébré contre les lois ou les canons.

454. *Second cas.*—Lorsque c'est un père, une mere ou un tuteur qui veut attaquer le mariage que son mineur a contracté sans son consentement, ces personnes ont pour cela la voie d'appel comme d'abus de la célébration du mariage faite sans leur consentement, qui est une contravention aux ordonnances; c'est aussi par cette voie que le roi peut faire prononcer la nullité d'un mariage qu'un prince de son sang aurait contracté sans son consentement.

455. *Troisième cas.*—Lorsque ce sont les parents de l'une des parties, qui attaquent, après sa mort, son mariage, pour exclure les enfants qui en sont nés, de la succession, ou la veuve, de son douaire et de ses conventions matrimoniales, il est évident que la question ne peut plus être portée devant le juge d'église ; car il ne peut être compétent que pour juger du lien du mariage, dont il ne peut plus être question après la mort de l'une des parties. N'étant plus question entre les parties que d'intérêts temporels, il n'y a que le juge séculier qui puisse être compétent ; c'est pourquoi l'affaire, en ce cas, doit se porter au parlement par la voie d'appel comme d'abus. C'est ce qui résulte de ces termes qui sont à la fin de l'article 34 de l'édit de 1695, *ou qu'il s'agisse d'une succession.*

ART. III. — De l'office du juge dans les causes de cassation de mariages, et des jugements qui se rendent sur cette matière.

456. Le lien du mariage étant un lien sacré que Dieu forme lui-même entre les parties qui contractent un mariage valable, et que les parties ne peuvent rompre par leur consentement mutuel ; l'acquiescement que la partie assignée pour voir prononcer la nullité du mariage, donnerait à la demande, ne doit pas dispenser le juge d'entrer dans un scrupuleux examen des preuves de l'empêchement dirimant qu'on prétend avoir empêché la validité du mariage ; et ce n'est qu'après que cet empêchement aura été pleinement justifié par des preuves ou littérales ou testimoniales, qu'il peut prononcer la nullité du mariage.

457. Il y a certaines espèces d'empêchements dont on n'admet ordinairement que la preuve littérale ; tels que sont ceux qui résultent des ordres sacrés, de la profession religieuse, de la parenté, de l'affinité, d'un autre mariage qui subsistait lorsqu'a été contracté celui dont on demande la nullité. La preuve de ces espèces d'empêchements doit se faire par le registre des ordinations, par celui des professions, par celui des baptêmes, sépultures et mariages ; néanmoins lorsque ces registres sont perdus, on peut y suppléer par la preuve testimoniale [1].

« civil assure au mariage, à compter « du jour de sa célébration, tous les « effets civils, tant à l'égard des époux « qu'à l'égard des enfants issus de ce « mariage. »

[1] *V.* art. 46, ci-dessus, p. 46, note 2.

La déclaration de la partie, quand même elle offrirait de la confirmer par serment, même avec le concours du bruit public, n'est pas une preuve suffisante de l'empêchement dirimant. C'est la disposition du chap. *Super eo*, Extr. *de Eo qui cogn. etc.* où Célestin III décide qu'on ne doit pas prononcer la nullité d'un mariage, sur ce que le mari déclare avoir eu avant son mariage un commerce charnel avec la sœur de sa femme, d'où il a résulté une affinité charnelle qui a formé un empêchement dirimant de leur mariage ; parce que, dit le pape, on ne doit pas le croire à sa déclaration, quand même il offrirait de la confirmer par serment, et que le bruit public de ce commerce concourrait ; autrement, dit-il, il arriverait souvent que des parties, lorsqu'elles s'ennuieraient de leur mariage, s'accuseraient faussement de pareils commerces, pour faire casser un mariage valablement contracté.

458. Lorsque la nullité du mariage est demandée pour cause d'impuissance de l'une des parties, le juge, pour en avoir la preuve, ordonne que la partie qu'on dit impuissante, sera visitée par des chirurgiens ou par des matrones.

Autrefois on ordonnait la preuve par le *congrès :* mais la cour, par son arrêt de règlement du 18 février 1677, a défendu cette espèce de preuve, qui était aussi équivoque qu'indécente et contraire à la pudeur.

Il suffit aujourd'hui qu'il résulte de la visite, que les parties extérieures sont bien conformées, pour que la personne ne soit pas réputée impuissante.

Si la partie soutenait que le vice d'impuissance ne lui est survenu que depuis le mariage, et qu'en conséquence le mariage est valable, ce serait à elle à le prouver, suivant la règle de droit : *Ei incumbit probatio qui dicit;* L. 2, ff. *de Probat.*

Par le droit des décrétales, la déclaration que les deux parties, après une cohabitation de trois ans, font avec serment sur les saints Évangiles, qu'elles n'ont pu pendant ce temps avoir commerce ensemble, lorsqu'elle est soutenue par quelques indices extérieurs de défaut de virilité, peut passer pour une preuve suffisante de l'empêchement d'impuissance sur lequel on fonde la nullité du mariage. Nous ne suivons pas la disposition de cette décrétale.

459. Lorsque sur la demande de l'une des parties qui ont contracté mariage, l'official déclarait nul leur mariage pour cause d'un défaut de forme, *putà*, du défaut de bénédiction nuptiale, ou du défaut de présence du propre curé, ou pour quelque autre empêchement dont on ne peut avoir facilement dispense, il avait coutume autrefois, en prononçant la nullité du mariage, d'ordonner que les parties seraient tenues de le réhabiliter, et de se pourvoir, s'il en était besoin, pour obtenir les dispenses nécessaires.

Ces injonctions que les officiaux faisaient aux parties, de réhabiliter leur mariage, ont été déclarées abusives par les arrêts des parlements. Goart, en son *Traité des Bénéfices*, tome 7, page 263, édit. de 1765, en cite un du 11 mars 1710, qui est aussi cité par d'autres auteurs. Nos rois, en attribuant aux juges d'église la connaissance des mariages, ne les ont établis juges que de la validité ou de l'invalidité des mariages. Leur pouvoir se borne donc à juger que le mariage est ou n'est pas valablement contracté ; ils excèdent ce pouvoir lorsqu'ils ordonnent autre chose. Lorsque c'est au parlement que la cause, sur le vice d'un mariage célébré par un prêtre étranger, est portée sur un appel comme d'abus, le parlement, en prononçant la nullité du mariage, ordonne que les parties se pourvoiront devant l'évêque pour le réhabiliter [1], suivant la déclaration du 15 juin 1697, rapportée *suprà*, n° 451.

460. Par un arrêt de règlement du 20 mars 1687, rapporté par Augeard,

---

[1] Aujourd'hui les tribunaux et les Cours doivent se borner à déclarer le mariage nul, s'il y a lieu, sans aucune injonction de procéder de nouveau au mariage. Le mariage est nul, il ne peut être réhabilité.

il est fait défense à tous les officiaux du ressort, de prononcer, en matière de mariage, que leur sentence sera exécutée nonobstant l'appel.

461. Il nous reste à observer une chose qui est particulière aux jugements qui se rendent en cette matière. Un jugement dans toute autre matière, lorsqu'il a passé en force de chose jugée, ne peut plus se rétracter par des preuves survenues depuis le jugement, qu'on offrirait de faire de l'erreur dans laquelle le juge est tombé, comme nous l'avons vu en notre *Traité des Obligations*, part. 4, chap. 3, sect. 3. Au contraire, les jugements en cette matière ont cela de particulier, que si un mariage a été déclaré nul pour un empêchement dirimant qui a paru alors au juge suffisamment justifié, ce jugement peut être rétracté par de nouvelles preuves survenues depuis, qui établissent que l'empêchement ne subsistait pas; et les parties doivent, nonobstant ce jugement, être condamnées à retourner ensemble [1]; Cap. *Lator*, Extr. *de Sent. et de judic.*

Conformément à ces principes, un nommé Jourdain ayant laissé rendre contre lui un arrêt par défaut sur les conclusions des gens du roi, qui déclarait nul son mariage pour cause de prétendue impuissance, lequel arrêt lui avait été signifié à sa personne; sa femme s'étant en conséquence mariée depuis à un autre homme; sur l'appel comme d'abus que le premier mari interjeta du mariage de sa femme avec un autre, comme fait au préjudice d'un premier mariage subsistant, il fut, nonobstant l'arrêt rendu contre lui, qui avait déclaré nul son mariage, reçu à en justifier la légitimité, et il fit en conséquence déclarer nul celui que sa femme avait contracté avec un autre homme, par arrêt du 30 décembre 1700, rapporté au 4e tome du *Journal des Audiences* (liv. 15, ch. 15).

CHAPITRE II.

De la dissolution du mariage.

462. Le mariage ne se dissout que par la mort naturelle de l'un des conjoints: tant qu'ils vivent l'un et l'autre, il est indissoluble [2].

Néanmoins le droit romain réputait le mariage dissous par le divorce, et pareillement par l'esclavage de l'un des conjoints. Nous en traiterons dans un premier article.

Nous verrons, dans un second article, si la profession religieuse de l'un des conjoints rompt le mariage. — Dans un troisième, si l'adultère le rompt; — Enfin, dans un quatrième, si le mariage contracté entre deux infidèles peut être rompu, lorsque l'un des conjoints s'est converti à la foi chrétienne, et que l'autre demeure dans l'infidélité.

ART. Ier. — Du divorce et de l'esclavage.

§ Ier. *Du divorce.*

463. Par le droit romain, le mariage ne pouvait pas, à la vérité, se dissoudre par le seul consentement des parties; mais, sous les empereurs chré-

---

[1] Nos lois n'établissent point de pareille exception à l'autorité de la chose jugée en matière de mariage.

[2] *V.* art. 227, C. civ.

Art. 227: « Le mariage se dissout, « 1° Par la mort de l'un des époux; « 2° Par le divorce légalement prononcé; 3° Par la condamnation devenue définitive de l'un des époux, « à une peine emportant mort civile. »

Et loi du 8 mai 1816.

Art. 1er: « Le divorce est aboli. »

tiens mêmes, il était, dans le for extérieur, censé dissous par un divorce célébré dans la forme légale. C'est ce que nous disent les empereurs Théodose et Valentinien : *Consensu licita matrimonia posse contrahi, contracta non nisi misso repudio dissolvi præcipimus : solutionem etenim matrimonii difficiliorem debere esse favor imperat liberorum;* L. 8, Cod. *de Repud.*

Justinien, dans ses Pandectes, adopte pour loi un texte de Paul, qui met le divorce au nombre des manières dont se dissout le mariage : *Dirimitur matrimonium* DIVORTIO, *morte, captivitate, vel aliâ contingente servitute utrius eorum;* L. 1, ff. *de Divort.*

Quoique le divorce soit condamné par l'Evangile, les empereurs chrétiens, par des raisons de politique, ne l'avaient pas aboli, et ils s'étaient bornés à en restreindre la liberté : sur quoi on peut voir la loi 8, §§ 1er, 2, 3, 4, 5, Cod. *de Repud.*, et la novelle 117.

464. Quoique le divorce fût permis alors par les lois séculières, et qu'en conséquence, après un divorce célébré dans la forme légale, chacune des parties pût, dans le for extérieur, passer, du vivant de l'autre, à un autre mariage, néanmoins l'église regardait le divorce comme défendu par l'Evangile, et comme incapable de rompre le lien du mariage : en conséquence elle regardait comme un adultère, plutôt que comme un mariage, celui que l'une des parties contractait après le divorce, du vivant de l'autre, avec une autre personne; et quoiqu'il fût réputé valable dans le for extérieur, elle retranchait de sa communion les parties qui l'avaient contracté, jusqu'à ce qu'elles se séparassent, et elle les soumettait à la pénitence à laquelle étaient assujettis par les canons les adultères. Elle regardait même la partie qui avait fait le divorce, comme coupable devant Dieu de l'adultère que commettait l'autre partie en se remariant, parce qu'elle y avait donné occasion en la répudiant : *Dimittis uxorem,* dit saint Ambroise sur saint Luc, lib. 8, nº 5, *quasi jure sinè crimine, et putas id tibi licere, quia lex humana non prohibet, sed divina prohibet : qui hominibus obsequeris, Deum verere; audi legem Domini, cui obsequuntur etiam qui leges ferunt : Quæ Deus conjunxit, homo non separet.* Au nombre 6, il ajoute : *Si* (repudiata) *nubat, necessitatis illius tuum crimen est, et conjugium quod putas, adulterium est.*

Le pape Innocent I, dans sa lettre décrétale à Exupère, évêque de Toulouse, cap. 6, dit : *De his etiam requisivit Dilectio tua, qui interveniente repudio, alii se matrimonio copulantur, quos in utrâque parte adulteros esse manifestum est, qui viro vel uxore vivente, quamvis dissociatum* (par un divorce légal) *videtur esse conjugium, ad aliam copulam festinârunt, neque possunt adulteri non videri; in tantum ut hæ personæ quibus tales conjuncti sunt, etiam ipsæ adulterium commisisse videantur, secundùm illud quod legimus in Evangelio : Quis dimiserit uxorem suam, et duxerit aliam, mœchatur; qui dimissam duxerit uxorem, mœchatur : ideò omnes à communione fidelium abstinendos.* C'est la troisième des lettres de ce pape, au second tome des conciles du père Labbe, pag. 1254.

Remarquez que, quoique ces mariages fussent alors permis par la loi civile, et dans le for extérieur, le pape veut que ceux qui les contractent, soient retranchés de la communion des fidèles.

465. Dans les états protestants, le divorce est encore permis pour de certaines causes, et en observant certaines formalités. *V.* le *Code Frédéric,* part. 1, liv. 2, tit. 3, art. 1, § 35.

466. Le divorce n'est pas admis dans notre droit, pour quelque cause que ce soit; nous n'admettons que la séparation d'habitation, dont nous traiterons au chapitre troisième [1].

---

[1] La loi du 8 mai 1816, a aboli le divorce; il ne reste donc aux époux malheureux que la ressource de la séparation de corps : il ne serait pas diffi-

§ II. *De l'esclavage.*

467. Suivant le droit romain, le mariage était rompu lorsque l'un des conjoints devenait esclave : ***Dirimitur matrimonium captivitate, vel aliâ contingente servitute utrius eorum*** ; L. 1, ff. *de Divort.*

Quoique la captivité de celui qui était tombé en la puissance des ennemis fût alors un véritable esclavage, qui, en lui faisant perdre tout son état civil, rompait son mariage ; néanmoins la faveur du droit qu'on appelait *Jus postliminii*, loi qui rétablissait le captif, lors de son retour, dans tous ses droits, aussi parfaitement que s'il ne les eût jamais perdus, empêchait sa femme de pouvoir se remarier, tant qu'on le savait vivant, et qu'il y avait lieu par conséquent d'espérer son retour. Dans le cas auquel il était incertain s'il était en vie, la femme, pour pouvoir se remarier, devait attendre qu'il se fût écoulé cinq ans depuis la captivité.

C'est ce que nous apprenons de la loi 6, ff. *de Divort.*, où il est dit : *Uxores eorum qui in hostium potestatem pervenerunt, possunt videri nuptarum locum retinere, eo solo quòd alii temerè nubere non possunt : et generaliter definiendum est donec certum est maritum vivere in captivitate constitutum, nullam habere licentiam uxores migrare ad aliud matrimonium.... Si autem in incerto est an vivus apud hostes teneatur, vel morte præventus ; tunc, si quinquennium à tempore captivitatis excesserit, licentiam habet mulier ad alias migrare nuptias.*

La même chose s'observait à l'égard du mari, lorsque c'était la femme qui était tombée en la puissance des ennemis. *Eodem jure et in marito in civitate degente et uxore captivâ observando* ; *edd.* L. 6.

Tout autre esclavage de l'un des conjoints, donnait à l'autre incontinent la faculté de passer à un autre mariage.

Tout ceci n'avait lieu que dans le for extérieur. Devant Dieu, le lien du mariage ne peut se dissoudre que par la mort naturelle de l'un des conjoints.

L'esclavage étant aboli en France, tout ce qui a été dit dans ce paragraphe, ne peut recevoir dans notre droit aucune application.

ART. II. — De la profession religieuse.

Nous établirons dans un premier paragraphe, le principe de l'insuffisance de la profession religieuse pour rompre le lien du mariage.

Dans un second, nous exposerons l'exception que le droit des décrétales et le concile de Trente ont faite à ce principe, à l'égard des mariages qui, quoique parfaits, n'ont pas encore été consommés par le commerce charnel.

§ Ier. *De l'insuffisance de la profession religieuse pour rompre le lien du mariage.*

468. L'empereur Justinien, par sa novelle 21, cap. 5, avait permis le divorce à celui des deux conjoints par mariage, qui voulait embrasser la profession religieuse. Il ne pensait pas que ce fût en ce cas permettre à l'homme de séparer ce que Dieu avait uni. Il croyait que ce n'était pas l'homme, mais Dieu lui-même qui, en inspirant à cette partie le dessein d'embrasser un état plus parfait, et de se consacrer à lui entièrement par la profession religieuse, rompait le lien du mariage qu'il avait formé.

Le pape saint Grégoire s'est élevé avec force contre cette loi : il ne craint

---

cile de prouver que ce remède est insuffisant, et que le rétablissement du divorce est aussi juste que nécessaire.

pas de dire qu'elle est contraire à la parole de Dieu, et qu'elle ne peut en conséquence être suivie dans le for de la conscience.—Voici comme il s'en explique dans sa lettre à Théotista, qui est la 39e du livre IXe : *Si dicunt*, dit-il, *religionis causâ conjugia debere dissolvi, sciendum est quia etsi hoc lex humana concessit* (il entend parler de la novelle de Justinien ci-dessus citée), *lex divina prohibuit; per se enim veritas dicit : Quod Deus conjunxit, homo non separet. Quæ etiam ait : Non licet dimittere uxorem, exceptâ causâ fornicationis. Quis huic cœlesti legislatori contradicat? Scimus quia scriptum : Erunt duo in carne unâ. Si ergo vir et uxor una caro sunt, et religionis causâ vir dimittit uxorem, vel mulier virum in hoc mundo remanentem, vel etiam fortassè ad illicita vota migrantem, quæ est ista migratio vel conversio, in quâ una eademque caro et ex parte transit ad continentiam, et ex parte remanet in pollutione?*

Il enseigne la même chose dans la 44e de ses lettres du même livre, par laquelle, sur la plainte qu'une femme lui avait faite que son mari l'avait quittée pour se faire moine, ce pape ordonne qu'après information faite, on le rende à sa femme : *Etiamsi jam tonsuratus est, quia etsi mundana lex præcipit conversionis gratiâ utrolibet invito posse solvi conjugia, divina hoc tamen lex fieri non permittit.... quia postquàm copulatione conjugii viri atque mulieris unum corpus efficitur, non potest ex parte converti, et ex parte in seculo remanere.*

Les deux parties peuvent bien d'un commun consentement, le lien du mariage subsistant, se séparer pour embrasser l'état de continence : mais il ne suffit pas que l'une des parties ait, pour l'embrasser, la permission de l'autre partie; il faut que celle-ci l'embrasse pareillement; *quia*, dit ce pape, *postquàm copulatione.... unum corpus efficitur, non potest ex parte converti, et ex parte in seculo remanere.*

469. Saint Augustin avait pareillement enseigné avant saint Grégoire, que l'un des conjoints par mariage ne pouvait garder un vœu de continence qu'il avait fait, si l'autre conjoint n'était résolu d'en faire autant. C'est ce que nous trouvons dans sa lettre à Armentarius, qui est la 227e. *Una sola causa esset*, lui dit-il, *quâ te quod vovisti non solùm non hortaremur, sed prohiberemus implere; si tua conjux hoc tecum suscipere animi seu carnis infirmitate recusaret..... Vovenda talia non sunt à conjugibus, nisi ex consensu et voluntate communi.*

Ensuite il ajoute : *Sed quum jam paratam esse audiam Deo dicare continentiam, ut eo solo impediatur, si tibi debitum reddere jure conjugali compellatur, ambo Deo reddite quod Deo vovistis.*

Ce père enseigne la même chose dans sa lettre à Ecdidita, qui est la 199e, et ailleurs.

470. Nous trouvons la même doctrine dans les lettres du pape Nicolas I, qui était assis sur le saint-siége vers le milieu du neuvième siècle. Ce pape, dans sa lettre à la reine Theutberge, femme du roi Lothaire, qui est la 48e de ses lettres, au tome 8 des conciles du père Labbe, p. 427, lui écrit qu'elle ne peut pas quitter son mari pour embrasser l'état de continence, si son mari ne consent sérieusement de l'embrasser pareillement. *Si amore pudicitiæ solutionem matrimonii quæris, hanc tibi nullo pacto noveris tribuendam, nisi vir tuus eamdem pudicitiam non fictè sectatus extiterit; denique ut cum B. Gregorio dicatur : Si continentiam quam vir uxoris non sequitur, aut quàm uxor appetit, vir recusat, dividi conjugium non licet.*

Il dit la même chose dans sa lettre au roi Lothaire, qui est la 51e. Si votre femme Theutberge, lui dit-il, *amore pudicitiæ, separationem quærit.... certum est quoniam mulier potestatem corporis sui non habet.... verùm si et ipse pudicitiam sectatus religionis obtentu copulam dissolvere vis, tantùm ne simulatè fiat, concedimus : nam licèt scriptum sit, quod Deus conjunxit,*

homo non séparet; Deus tamen et non homo séparat, quandò divini amoris intuitu ex consensu utriusque conjugis matrimonia dissolvuntur. Si ergò hoc modo vis, nos grato permittimus animo, celeremque præbemus assensum; aliter autem fieri mutuam vestram separationem prohibemus.

471. Il paraît aussi que cette séparation des personnes mariées, pour embrasser la continence, devait se faire avec l'autorité et le conseil de l'évêque. C'est ce que nous trouvons dans les canons des prêtres de Northumberland, qui sont du dixième siècle, et qui sont rapportés au 9e tome des conciles, p. 726 et *seq.* Il est dit au canon 34 : *Unusquisque justè teneat matrimonium suum dùm uxor vixerit, nisi fortè acciderit quòd consilio episcopi separentur, ut divisim posteà vivant in castitate.*

472. Il est réellement nécessaire, pour que la séparation soit valable, que l'un et l'autre des conjoints fassent vœu et profession de continence ; que si l'un des conjoints, *putà*, l'homme, a fait profession religieuse, quoique avec le consentement de sa femme ; si sa femme n'en a pas fait autant, sa profession est nulle, et il doit retourner avec elle. C'est ce que décide le pape Alexandre III : *Utrùm laicus uxoratus qui præsentibus sacerdotibus et monachis.... de licentiâ et permissione uxoris monasterium ingressus professionem fecit, uxore in seculo remanente.... possit ad thorum revocari uxoris.... dicimus quòd nisi uxor ad religionem transeat, aut perpetuò castitatem servare promiserit, vir potest et debet de monasterio revocari.* Cap. 1°. Extr. *de convers. conjug.*

Il ne suffirait pas même, pour que l'un des conjoints fût admis à la profession religieuse, que l'autre, en restant dans le monde, promît et fît vœu de garder la continence ; il faut que l'un et l'autre entrent en couvent, et fassent profession religieuse ; à moins que la femme de l'homme qui veut se faire religieux, ne fût d'un âge avancé, et d'une vie édifiante, qui ne permît pas d'appréhender qu'elle manquât à son vœu de continence ; auquel cas l'homme peut être admis à la profession, et la femme rester dans le monde, pourvu qu'elle fasse vœu publiquement d'y garder la continence. C'est ce qui est porté par les chap. 4 et 8, au même titre, qui sont du même pape.

Cela doit être surtout permis lorsque la femme a des enfants à élever, comme dans l'espèce du chap. 8.

473. Il en est de même à cet égard, de la promotion aux ordres sacrés, que de la profession religieuse : on ne doit pas ordonner un homme marié, si sa femme ne fait pareillement vœu de continence. C'est ce que décide Alexandre III : *Nullus conjugatorum est ad sacros ordines promovendus, nisi ab uxore continentiam profitente fuerit absolutus* ; cap. 5, Extr. *eod. tit.*

Cela doit surtout avoir lieu à l'égard de la promotion à l'épiscopat. Alexandre III défend d'ordonner évêque un homme marié, si sa femme n'a fait auparavant la profession religieuse : *Prohibemus ne uxoratum præsumatis in episcopum ordinare ; nisi uxor* PRIUS *professa continentiam sacrum sibi velamen imponat, et religiosam vestem assumat* ; cap. 6, Extr., *eod. tit.*

474. Il y a un cas auquel un homme marié pourrait n'avoir pas besoin du tout du consentement de sa femme pour être promu aux ordres sacrés, ni pour la profession religieuse ; c'est celui auquel il l'aurait fait déclarer convaincue d'adultère, et condamner en conséquence à la réclusion, par un jugement qui aurait force de chose jugée : car la femme ayant perdu en ce cas le droit de demander le devoir conjugal, et de demeurer avec son mari, son consentement cesse d'être nécessaire.

C'est l'avis de Ducasse, dans son *Traité de la Juridiction ecclésiastique*, pour lequel on peut tirer argument du chap. 15, Extr. *eod. tit.* Dans l'espèce de cette décrétale, une femme ayant eu querelle avec son mari, l'avait quitté, et avait épousé un autre homme : le mari depuis s'était fait ordonner prêtre, et s'était fait ensuite moine de Cîteaux. Le pape Innocent III décide que cette

femme doit quitter son second prétendu mari, avec qui elle vivait en adultère, et qu'elle ne doit pas être reçue à redemander le premier.

Si la femme n'avait été condamnée que par un jugement par défaut, le mari ne pourrait pas, du vivant de cette femme, être admis aux ordres sacrés, ni à la profession religieuse, même après les cinq ans, parce que la femme peut toujours purger la contumace [1].

§ II. *Exception que le droit des décrétales et le concile de Trente ont apportée au principe sur l'insuffisance de la profession religieuse, pour rompre le lien de mariage.*

475. Le droit des décrétales a apporté une exception au principe sur l'insuffisance de la profession religieuse pour rompre le lien du mariage, par une distinction qu'il a faite entre le mariage qui, quoiqu'il ait reçu sa perfection par le consentement des deux parties, n'a pas encore été consommé par le commerce charnel, et qu'il appelle *matrimonium ratum, non consummatum;* et celui qui a été consommé par le commerce charnel, *matrimonium consummatum.* Ce n'est qu'à cette dernière espèce de mariage que le droit des décrétales donne le caractère de cette parfaite indissolubilité, qui ne peut être rompue, même par la profession religieuse. A l'égard du mariage qui est *ratum et non consummatum,* il permet à l'une des parties de le rompre pour embrasser la profession religieuse, sans qu'elle ait même besoin pour cela du consentement de l'autre partie.

C'est ce que décide le pape Alexandre III, qui occupait le saint-siége vers le déclin du douzième siècle, dans sa décrétale qui est au chap. 2, Extr. *de Convers. conjug.*: *Post consensum legitimum de præsenti,* dit ce pape, *licitum est alteri, altero etiam repugnante, eligere monasterium, sicut sancti quidam de nuptiis vocati fuerunt, dummodò carnalis copula non intervenerit inter eos, et alteri remanenti, si commonitus continentiam servare voluerit, ad secunda vota transire.* Il en apporte cette raison : *Quia quum non fuissent una caro simul effecti, potest unus ad Deum transire, et alter in seculo remanere* [2].

Le même pape décide la même chose au chap. 7 du même titre. Dans l'espèce de ce chapitre, l'évêque de Vérone ayant employé l'excommunication pour contraindre une femme à retourner avec son mari, cette femme, sur l'appel, ayant allégué qu'elle avait intention de se consacrer à Dieu par la profession religieuse, et que son mariage n'avait pas été consommé par le commerce charnel, le pape ordonne de l'absoudre, à la charge que dans les deux mois elle exécuterait son pieux dessein, en se faisant religieuse, ou qu'elle retournerait avec son mari. Le pape termine cette décrétale en répondant à l'objection qu'on pourrait tirer de ce que l'Evangile enseigne sur l'indissolubilité du mariage : *Sanè,* dit-il, *quod Dominus in Evangelio dixit, non licere viro nisi ob causam fornicationis uxorem dimittere, intelligendum est secundùm interpretationem sacri eloquii, de his quorum matrimonium carnali copulâ est consummatum, sinè quâ consummari non potest* [3].

---

[1] Toutes ces questions sont heureusement étrangères à notre législation actuelle.

[2] C'est prendre un peu trop à la lettre les expressions : *erunt duo in carne unâ.*

[3] Il y a encore dans ce passage une confusion évidente : le mariage ne consiste pas dans l'union charnelle : Quelle bizarrerie ! tantôt le mariage est pris à un point de vue mystique indéfinissable, et tantôt au simple état de nature ! c'est dans les deux cas méconnaître sa véritable institution : Il y a bien un autre sens dans ces belles expressions : *Non est bonum esse hominem solum : faciamus ei adjutorium simile sibi !*

Le pape Innocent III, qui occupait le saint-siége dans le treizième siècle, décide la même chose dans sa décrétale qui est au chap. 14 du même titre : après s'être fait l'objection de l'indissolubilité du mariage, il dit : *Nos tamen à prædecessorum vestigiis nolentes declinare, qui respondere consulti; antequàm matrimonium sit per carnalem copulam consummatum, licere alteri conjugum, altero inconsulto, ad religionem transire, ità quod reliquus ex tunc legitimè poterit alicui copulari; hoc ipsum tibi consulimus observandum, etc.*

Il résulte de ces termes, *nos à prædecessorum vestigiis,* qu'Alexandre III n'est pas le seul des prédécesseurs de ce pape, qui ait décidé la question de cette manière, et que d'autres l'avaient décidée de même.

476. Il paraît que ces papes avaient puisé cette distinction du *matrimonium ratum et non consummatum*, et du *matrimonium consummatum,* dans le décret de Gratien. Cet auteur, en la cause 27, *quæst.* 2, après avoir établi par plusieurs textes, que l'un des conjoints par mariage ne pouvait pas quitter l'autre sans son consentement, pour embrasser l'état de continence, dit qu'il en est autrement lorsque le mariage n'a pas encore été consommé par le commerce charnel, et que l'un des époux peut, en ce cas, quitter l'autre sans son consentement, pour embrasser l'état de continence. C'est ce qu'il tâche d'établir par les exemples de saint Macaire et de saint Alexis, qu'il dit s'être retirés le jour de leur mariage, à l'insu de leur épouse, pour aller se confiner dans la solitude.

Il paraît qu'Alexandre III, en sa décrétale, cap. 2, Extr. *de Convers. conjug.* ci-dessus rapportée, fait allusion à ces histoires par ces termes de sa décrétale, *sicut Sancti quidam de nuptiis vocati fuerunt.*

Ces histoires qui étaient crues au temps de Gratien, et sur lesquelles cet auteur fondait l'opinion en laquelle il était, qu'avant la consommation du mariage, l'un des époux pouvait, sans le consentement de l'autre, se retirer pour embrasser la continence, ont été depuis reconnues pour apocryphes; et le savant M. Baillet, dans les vies de ces saints, ne les a pas adoptées[1].

477. Gratien prétend encore établir sa distinction du mariage non consommé, et du mariage consommé, par le canon 27, où il est dit : *Desponsatam puellam non licet parentibus alii viro tradere; licet tamen illi monasterium eligere.* Et par le canon 28, où il est dit : *Decreta legalia desponsatam, si converti voluerit, nullo omninò censuerunt damno mulctari.*

Gratien, qui avait trouvé ce canon 27 dans d'autres collections, sans savoir d'où il était tiré, l'a attribué, sans aucun fondement, au pape Eusèbe. Il est pris du pénitenciel de Théodore de Cantorbéry, dans le septième siècle. A l'égard du canon 28, il se trouve effectivement dans une des lettres de saint Grégoire, à qui il l'attribue. Pour que ces deux canons pussent prouver quelque chose pour la distinction du mariage non consommé et du mariage consommé, il faudrait qu'il fût certain que, dans les auteurs d'où ces deux canons sont tirés, le terme *desponsatam* fût pris dans le même sens que Gratien l'entend, c'est-à-dire, pour une *mariée* dont le mariage n'a pas encore été consommé : mais il n'est rien moins que certain que ce terme y soit pris dans ce sens, pouvant y être pris pour une simple *fiancée* qui n'a encore contracté que des fiançailles; ce dernier étant même le sens le plus commun et le plus obvie du terme *desponsata.*

478. On peut faire la même réponse aux autres passages des pères, qu'on a coutume d'alléguer pour autoriser la distinction du mariage *consummatum*, et de celui qu'on appelle *ratum, non consummatum*, qu'on prétend pouvoir se

---

[1] Lors même que ces histoires seraient vraies, les faits racontés méritaient d'être sévèrement blâmés et non pas approuvés.

dissoudre par la profession religieuse de l'une des parties, sans le consentement de l'autre.

On a coutume de citer saint Augustin, au livre 8 de ses *Confessions*, chap. 6, ou il raconte l'histoire de deux amis, qui ayant été touchés de la lecture de la vie de saint Antoine, conçurent le dessein d'embrasser la vie religieuse, et l'exécutèrent aussitôt : *Ambo habebant* SPONSAS, ajoute saint Augustin, *quæ posteaquàm hoc audierint, dicaverunt etiam ipsæ virginitatem tibi.*

Pour que ce texte prouvât quelque chose, il faudrait établir que saint Augustin a entendu par le terme *sponsas*, des épouses dont le mariage, quoique déjà parfait, n'avait pas encore été consommé; mais c'est ce qu'on ne peut établir : et il est plus naturel d'entendre ce terme *sponsas* dans la signification la plus ordinaire, pour de simples *fiancées*; auquel cas, il ne résulte rien autre chose de ce texte, sinon que l'une des parties peut, en embrassant la profession religieuse, dissoudre, sans le consentement de l'autre partie, l'engagement qui résulte de simples fiançailles; et c'est une chose dont tout le monde convient.

479. Il en est de même de la lettre de saint Grégoire le Grand à Fortunat et Anthème, qui est la vingtième du sixième livre de ses lettres, dans l'édition des bénédictins, où il est dit : *Castellus præsentium lator nobis innotuit, sororem suam quæ Stephano cuidam fuerat* DESPONSATA, *divinæ propitiationis instinctu, Neapoli in monasterio fuisse conversam, atque eumdem Stephanum domum et res ejus aliquas indebitè retinere; et quia decreta legalia desponsatam, si voluerit converti, nullo censuerunt damno mulctari, fraternitas tua unà cum Anthemio veritatem studeat perscrutari; et si domum vel aliud eumdem Stephanum detinere cognoscatis, eum adhortatio vestra admoneat, ut quæ indebitè detinet, restituat.* Pour qu'on pût tirer de ce texte une preuve que saint Grégoire pensait qu'une femme déjà mariée, pourvu que son mariage ne fût pas encore consommé, pouvait le rompre en se faisant religieuse, même sans le consentement de son mari, il faudrait qu'il fût certain que dans ce texte, le terme *desponsata* dût s'entendre d'une femme mariée, dont le mariage n'a pas encore été consommé; ce qui n'est rien moins que certain, puisqu'il peut s'entendre aussi bien, selon même la signification la plus ordinaire, d'une simple fiancée qui n'avait pas encore contracté mariage avec son fiancé, mais qui était sur le point de le contracter, et qui avait déjà d'avance mis son fiancé en possession d'une maison et d'autres choses qu'elle se proposait de lui apporter en dot.

On cite un autre passage du même saint Grégoire, tiré du troisième livre de ses dialogues, cap. 14, où il est rapporté qu'une vierge nommée Grégoria, *constitutis jam nuptiis*, avait fui dans une église et avait embrassé la profession religieuse. Ce texte ne paraît rien moins que décisif; car on peut très commodément l'entendre en ce sens, que le mariage était arrêté, et que les préparatifs étaient déjà faits pour le contracter avec les solennités ordinaires; et il n'est point du tout nécessaire de supposer que le mariage fût déjà contracté.

On se convaincra encore plus, que le sens que nous donnons à ces termes de la version, *constitutis jam nuptiis*, est le vrai sens de saint Grégoire, si on consulte son texte original, où il est dit : γάμων ἤδη ὡρισμένων. Ce terme ὡρισμένων est le particpe du verbe ὁρίζω, *destino*, et par conséquent ces termes signifient *nuptiis jam destinatis*, et non pas *jam contractis*.

480. On cite encore ce que Grégoire de Tours, *de Vitis Patrum*, cap. ult., rapporte de saint Liébard : *Quum ad legitimam pervenisset ætatem, cogentibus, juxtà consuetudinem humanam, parentibus, ut arrham puellæ, quasi uxorem accepturus, daret, impellitur.* Grégoire de Tours rapporte ensuite le discours que lui fit son père pour l'y déterminer contre son inclination : *Illo respuente, ait pater : Cur, dulcissime fili, etc. Hæc patre loquente, facilè*

tali cautulâ persuasit voluntati propriæ contrariæ ; denique dato sponsæ annulo, porrigit osculum, præbet calceamentum, celebrat sponsalium diem festum. Enfin Grégoire de Tours ajoute que le père et la mère de Liébard étant morts peu après, Liébard, *onustus donis nuptialibus*, alla voir son frère qu'il trouva ivre, et qu'ayant été touché de Dieu, il alla embrasser l'état religieux près de Tours.

Pour tirer argument de ce que Grégoire de Tours rapporte de saint Liébard, il faudrait qu'il eût dit nettement que Liébard était déjà marié, lorsqu'il alla embrasser l'état religieux. C'est ce qu'il ne dit pas, il dit seulement que le père et la mère de Liébard le déterminèrent contre son inclination à contracter des fiançailles avec une fille : *ut arrham puellæ, quasi uxorem accepturus, daret, impellitur;* que Liébard, se rendant à leurs instances, contracta en effet ces fiançailles avec la fille : *Dato sponsæ annulo, porrigit osculum, præbet calceamentum, celebrat sponsalium diem festum.* Il n'est pas dit *nuptiarum diem festum ;* il est dit *sponsalium :* il n'y avait donc eu que des fiançailles.

La tradition de l'anneau, et tout le reste dont il est parlé, ne désignent que des fiançailles. Il est vrai qu'il est dit ensuite que Liébard alla chez son frère, *onustus donis nuptialibus :* mais les présents qui se faisaient en faveur du mariage, se faisaient aussi bien avant que depuis le mariage ; et soit qu'ils fissent avant ou depuis, ils s'appelaient toujours *dona nuptialia :* ainsi cela ne prouve pas encore que Liébard eût été marié.

481. Enfin on cite assez mal à propos ce que le vénérable Bède, lib. 4, *Histor. angl.*, rapporte de la reine Edeldride, qui après avoir vécu dans la continence pendant douze ans de mariage avec le roi Egbert, son mari, se retira dans un monastère où elle fit profession religieuse, et dont elle devint abbesse un an après : car Bède dit expressément qu'elle n'y entra qu'avec la permission du roi son mari, qui eut bien de la peine à la lui accorder : *Multùm diù regem postulans, ut seculi curas relinquere et in monasterio tantùm Christo servire permitteretur ; quod ubi vix aliquandò impetravit, intravit monasterium.* N'y étant entrée qu'avec la permission de son mari, son exemple ne peut pas servir à prouver qu'il est permis à une femme dont le mariage n'a pas encore été consommé, de quitter son mari sans son consentement, pour embrasser la profession religieuse.

482. Quoi qu'il en soit de ce qui a pu servir de fondement au droit des décrétales sur la distinction du mariage consommé et du mariage non consommé, et sur la force qu'on donne à la profession religieuse de dissoudre le mariage non consommé, par la profession que fait l'un des époux, quoique sans le consentement de l'autre ; ce droit était si universellement reconnu dans l'église, au temps du concile de Trente, que ce concile jugea à propos de confirmer cette discipline, jusqu'à frapper d'anathème ceux qui la contrediraient : *Si quis dixerit,* dit ce concile, *matrimonium ratum, non consommatum, per solemnem religionis professionem alterius conjugum non posse dirimi, anathema sit ;* sess. 24, can. 6.

483. Fra-Paolo, en rapportant ce canon au livre huit de son histoire, n. 21, dit : « Plusieurs furent surpris que l'on donnât à croire comme article de foi, « que mariage non consommé peut être dissous par une profession solennelle « de religion : car, comme le mariage non consommé par la conjonction charnelle, est un lien institué par la loi divine, au lieu que la solennité de la « profession est seulement de droit positif, comme Boniface VIII l'a déclaré, « et que d'ailleurs l'Ecriture sainte assure qu'il y avait un vrai mariage entre « Marie et Joseph, il semblait fort étrange qu'un lien humain rompît un lien « divin. »

On reconnaît la malignité de Fra-Paolo, qui, pour tourner en ridicule le concile, voudrait faire entendre qu'il a fait de ce canon 6 un article de foi ; ce

qui ne fut jamais l'intention du concile. N'y ayant que les choses qui font partie de la révélation, qui puissent être des articles de foi, on ne peut douter que ce canon ne renferme qu'un point de pure discipline. Si le concile a ajouté un anathème à la fin, ce n'est pas qu'il ait voulu le proposer comme un objet de foi, mais c'est qu'il a voulu punir par cet anathème, la témérité de ceux qui se donnaient la liberté de censurer trop aigrement une discipline qui était déjà reçue depuis longtemps dans l'église[1].

A l'égard de ce que dit Fra-Paolo, que la profession religieuse n'étant que d'institution humaine et de droit ecclésiastique, ne peut rompre le lien du mariage, qui est un lien divin, Palavicin lui répond, qu'il est vrai que la profession religieuse n'est que de droit ecclésiastique quant à sa forme ; mais que quant au fond, et en tant qu'elle consiste dans cette abdication réelle qu'une personne fait de tout ce qu'elle a dans le siècle, pour le consacrer entièrement à Dieu, elle est aussi d'institution divine. Nous en avons des exemples dans les disciples que Jésus-Christ appelait à lui, et qui par son ordre, renonçaient à tout ce qu'ils avaient dans le siècle, pour le suivre. L'Evangile rapporte des enfants de Zébédée, que lorsque Jésus-Christ les eut appelés à lui, ils abandonnèrent aussitôt leurs filets (qui étaient tout le bien qu'ils avaient dans le monde) et leur père, pour le suivre[2] : *Illi autem statim relictis retibus et patre secuti sunt eum;* Matth. 4, 21.

Palavicin reprend aussi Fra-Paolo d'avoir dit que tous les canons du mariage passèrent au concile à l'unanimité, tels qu'ils se trouvent. Il atteste au contraire, qu'entre autres, le canon sixième, dont est question, souffrit beaucoup de contradictions de la part du cardinal de Lorraine et de plusieurs autres pères[3].

484. Pour que la profession religieuse que fait l'une des parties qui ont contracté mariage, puisse, suivant le droit des décrétales et du concile de Trente, en rompre le lien avant qu'il ait été consommé, il faut qu'elle ait été faite solennellement dans un ordre religieux approuvé, et qu'on y ait observé tout ce que les règles de l'église et les lois de l'État exigent pour la rendre valable[4].

485. Quoique l'état des ordres sacrés soit un état encore plus saint que celui de la profession religieuse, et qu'il renferme tacitement le vœu de continence; néanmoins, comme il ne renferme pas un entier renoncement au siècle, on ne lui a pas donné l'effet qu'on donne à la profession religieuse, de rompre le lien du mariage qui n'est pas encore consommé[5].

---

[1] Au moins est-il certain que le concile décide que le mariage non consommé peut être dissous par une profession solennelle de religion de l'un ou de l'autre des conjoints, et que le concile anathématise ceux qui diront le contraire : or, il est également constant que le mariage existe quoiqu'il n'y ait pas encore eu entre les époux commerce charnel, donc le concile admet une cause de dissolution du mariage autre que la mort de l'un ou de l'autre des conjoints.

[2] Cet exemple prouve trop, ou ne prouve rien : D'ailleurs les enfants de Zébédée et les autres disciples de Jésus-Christ quittaient tout pour le suivre, mais c'était aussi pour répandre la nouvelle doctrine, pour éclairer le monde, et non pour s'enfermer dans des couvents, qui étaient alors peu connus.

[3] Nous croyons très volontiers qu'une pareille doctrine a dû rencontrer des adversaires : mais nous supposons que les décrets se formaient à la majorité.

[4] Nos lois n'admettent point une semblable cause de dissolution du mariage.

[5] Ce cas se rapproche cependant de l'exemple des enfants de Zébédée, cité plus haut par Pothier, beaucoup plus que celui d'un religieux qui entre dans un couvent.

La promotion aux ordres sacrés forme bien un empêchement dirimant pour un mariage qui serait contracté depuis cette promotion ; mais elle ne peut pas rompre le mariage contracté auparavant, quoiqu'il n'eût pas encore été consommé. C'est ce que décide Jean XXII. *Licèt votum solemnisatum per sacri ordinis susceptionem,* dit ce pape, *quantùm ad impediendum matrimonium contrahendum ac ad dirimendum, si post contractum fuerit, sit efficax reputandum; ad dissolvendum tamen priùs contractum, etiamsi per carnis copulam non fuerit consummatum (quum nec jure divino nec per sacros canones reperiatur hoc statutum), invalidum est censendum;* cap. unic. *de Voto et vot. redempt.* in Extr.

Si donc un homme marié, taisant son mariage qui n'était pas encore consommé, se faisait promouvoir aux ordres sacrés, il devrait être déclaré suspens de ses ordres, et condamné de retourner avec sa femme.

ART. III. — Si l'adultère de la femme dissout le mariage.

486. Cette question dépend de l'interprétation qu'on doit donner au célèbre passage qui se trouve sur cette matière dans l'Evangile de saint Matthieu, chap. 19, où il est rapporté que les pharisiens ayant demandé à Jésus-Christ s'il était permis à un homme de répudier sa femme, *si licèt homini dimittere uxorem suam quàcumque ex causâ*, Jésus-Christ lui répondit, que par l'institution divine dans la création, Dieu avait tellement uni l'homme et la femme, qu'ils ne devaient faire ensemble qu'une même chair; qu'il ne devait donc pas être au pouvoir de l'homme de séparer ce que Dieu avait uni : *Non legistis, quia qui fecit hominem, ab initio masculam et fœminam fecit eos, et dixit:... Erunt duo in carne unâ : itaque jam non sunt duo, sed una caro? quod ergò Deus conjunxit, homo non separet.* Les pharisiens insistèrent, et dirent : Pourquoi donc Moïse a-t-il permis de répudier sa femme, en lui donnant un écrit de divorce : *Dicunt illi : Quid ergò Moyses mandavit dare libellum repudii; et dimittere?* Jésus-Christ répondit : Ce n'est que par tolérance que Moïse a permis cela; et moi je vous dis, que celui qui renvoie sa femme, si ce n'est pour cause d'adultère, et qui en épouse une autre, commet un adultère; et que celui qui épouse la femme qu'un autre a renvoyée, commet pareillement un adultère : *Ait illis : Quoniam Moyses ad duritiam cordis vestri permisit, etc. Dico autem vobis, quia quicumque dimiserit uxorem suam,* NISI OB FORNICATIONEM, *et aliam duxerit, mœchatur; et qui dimissam duxerit, mœchatur.*

La difficulté tombe sur ces mots, *nisi ob fornicationem*, Jésus-Christ entend-il par l'exception qu'il fait du cas auquel la femme aurait commis adultère, permettre au mari de faire avec elle, en ce cas, un véritable divorce qui rompe le lien du mariage, et qui donne la liberté à l'homme d'en épouser une autre? ou par cette exception, *nisi ob fornicationem,* entend-il seulement permettre à l'homme de chasser en ce cas sa femme, et de se séparer d'habitation avec elle, sans dire que le lien du mariage sera en ce cas dissous, et qu'il sera permis à l'homme d'épouser une autre femme; de manière que dans le texte, ces termes *nisi ob fornicationem,* ne doivent se rapporter qu'à *quicumque dimiserit,* et non à ceux-ci, *qui aliam duxerit;* et que la phrase doit s'entendre en ce sens : *Quicumque dimiserit uxorem suam* (quod non licet facere), *nisi ob fornicationem, et qui* (priore dimissâ, sive injustè, sive etiam justè, ob ejus fornicationem), *aliam duxerit, mœchatur.*

La même difficulté se rencontre au chapitre cinquième du même Evangile, vers. 31 et 32, où Jésus-Christ dit : La loi dit: Celui qui renvoie sa femme, doit lui donner un écrit de divorce; et moi je vous dis : Celui qui renvoie sa femme, excepté le cas auquel elle aurait commis adultère, la met dans l'occasion de commettre un adultère en se mariant à un autre; et celui qui l'épouse, com-

met un adultère en l'épousant : *Dictum est : Quicumque dimiserit uxorem suam, det ei libellum repudii : ego autem dico vobis : Quia omnis qui dimiserit uxorem suam, exceptâ fornicationis causâ, facit eam mœchari, et qui dimissam duxerit, adulterat.*—Par ces termes, *exceptâ fornicationis causâ,* Jésus-Christ entend-il permettre à l'homme, dans le cas de cette exception, de faire un véritable divorce qui rompe le lien du mariage, et le mettre en liberté d'épouser une autre femme? ou par cette exception entend-il seulement permettre à l'homme, en ce cas, de se séparer d'habitation d'avec sa femme, sans qu'il soit en cela responsable devant Dieu de l'adultère que la femme qu'il a renvoyée, pourrait commettre en épousant un autre homme[1] ?

487. La question a souffert difficulté dans les premiers siècles.

Elle parut si difficile au premier concile d'Arles, tenu l'an 318, que ce concile, l'un des plus célèbres et des plus nombreux de l'antiquité, où six cents évêques avaient assisté [2], n'osa pas la décider; c'est ce qui paraît par le canon dixième de ce concile, qui dit : *De his qui conjuges suas in adulterio deprehendunt, et ii sunt adolescentes, et prohibentur nubere, placuit ut, in quantum potest, consilium eis detur, ne, viventibus uxoribus, licèt adulteris, alias accipiant.*

Le concile, en ne voulant pas qu'on fasse une défense absolue aux hommes, qui ont renvoyé leurs femmes adultères, de se remarier, témoigne qu'il regarde comme une chose incertaine, si le lien du mariage subsiste en ce cas, ou s'il est dissous : car, s'il était certain qu'il subsistât, le concile ne se serait pas contenté de conseiller aux hommes de ne se pas remarier; il le leur aurait défendu absolument.

488. Il est vrai que le concile d'Elvire, qu'on croit avoir été tenu vers l'an 305, et par conséquent peu de temps avant le concile d'Arles, ordonne que les femmes qui, après avoir quitté leur mari adultère, en auront épousé un autre, seront privées de la communion, tant que vivra leur premier mari, si ce n'est à la mort : *Fidelis fœmina quæ adulterum maritum reliquerit fidelem, et alterum duxerit, prohibeatur, si nubat; si autem duxerit, non priùs communionem accipiat, quàm is quem reliquerit de seculo exierit, nisi neces-*

[1] La question principale qui était adressée, n'était pas relative à une séparation de corps et la législation de Moïse qui est citée ne s'occupait pas de la séparation de corps; il faut donc entendre la réponse *secundum subjectam materiam,* et par conséquent du divorce.

En outre la traduction grecque porte πορνεία, la traduction latine *fornicatio,* la traduction française, *adultère.* Toutes ces versions sont-elles fidèles ? Des auteurs assurent que πορνεία ne veut pas dire *adultère,* mais *faute grave contre les lois du mariage.*

On peut appuyer cette opinion sur ce que l'adultère était puni de mort chez les Juifs; qu'en admettant l'adultère pour seule cause du divorce, c'était en déclarer coupable toute femme répudiée, c'était livrer cette femme au supplice. Alors on n'aurait plus eu besoin de rompre par le divorce des nœuds que la mort devait briser.

Moïse avait dit : *Si acceperit homo uxorem, et habuerit eam, et non invenerit gratiam ante oculos ejus propter aliquam fœditatem; scribet libellum repudii, et dabit in manu illius et dimittet eam de domo suâ.* Deut., ch. 24, v. 1. Voilà un divorce trop facilement admis, voilà l'abus : il n'est ainsi autorisé par la loi, qu'à cause du caractère du peuple juif, *quoniam Moyses ad duritiam cordis vestri permisit vobis dimittere uxores vestras; ab initio autem non fuit sic.* Le divorce est ensuite rappelé à ce qu'il doit être, un remède rare et pour causes graves, *quicumque dimiserit uxorem suam, nisi ob fornicationem, et aliam duxerit, mœchatur :*

[2] Adon de Vienne, en sa chronique. (*Note de l'édition de 1768.*)

sitas infirmitatis dare compulerit. Mais bien loin qu'on puisse conclure de ce canon que ce concile ait décidé que la séparation pour cause d'adultère, soit du mari, soit de la femme, n'empêche pas le lien de mariage de subsister, on tire, au contraire, un argument négatif de ce concile, pour en conclure que n'ayant prononcé cette peine que contre les femmes qui se remariaient après avoir quitté leur mari adultère, et n'en ayant prononcé aucune contre les hommes qui, après avoir chassé leurs femmes adultères, en épousent une autre, il s'ensuit que les pères de ce concile ne croyaient pas qu'après qu'un homme avait répudié sa femme adultère, le lien du mariage ne laissait pas de subsister; car, s'ils l'eussent cru, le concile aurait prononcé les mêmes peines contre l'homme qui se remarie après avoir renvoyé sa femme adultère, que celles qu'il a prononcées contre la femme qui se remarie après avoir quitté son mari adultère.

On dira qu'il y a même raison, et que si l'adultère du mari ne rompt pas le lien du mariage, comme le concile paraît le supposer, en prononçant la peine de la privation de la communion contre la femme qui se remarie après avoir quitté son mari adultère, l'adultère de la femme ne doit pas non plus le rompre.

On répond que, quoiqu'il paraisse effectivement qu'il dût y avoir même raison, néanmoins nous apprenons de saint Basile, qui vivait au quatrième siècle, en son épître canonique à Amphiloque, canon 9, que c'était un ancien sentiment reçu par la coutume dans l'église, qu'il y avait une différence entre l'adultère commis par la femme, et l'adultère commis par l'homme; que Notre-Seigneur ne s'étant expliqué que sur le cas de l'adultère de la femme, en permettant au mari, en ce cas, de la répudier, cela ne devait pas être étendu à la femme, à qui il ne devait pas être pareillement permis de faire divorce avec son mari lorsqu'il avait commis adultère : *Domino sententia juxtà sensûs consequentiam æquè viris ac mulieribus convenit, quòd non liceat à matrimonio discedere, exceptâ causâ fornicationis; at verò consuetudo adulterantes viros, et qui in fornicationibus versantur, mandat à mulieribus retineri.*

Nous voyons encore cette distinction dans une loi de Constantin, qui rapporte bien l'adultère de la femme parmi les causes pour lesquelles un mari peut répudier sa femme; mais qui ne rapporte pas de même l'adultère du mari parmi les causes pour lesquelles il était permis à une femme de faire divorce avec son mari. C'est conformément à cette distinction que le concile a prononcé des peines contre la femme qui, après avoir quitté son mari adultère, en épousait un autre de son vivant, et qu'il n'en a prononcé aucune contre le mari qui épousait une autre femme du vivant de celle qu'il avait chassée pour cause d'adultère. C'est pourquoi, bien loin qu'on puisse inférer de ce canon que le concile d'Elvire, en décidant qu'il n'était pas permis à une femme qui avait quitté son mari adultère, d'en épouser un autre de son vivant, devait être censé avoir pareillement décidé qu'il n'était pas permis au mari qui a renvoyé sa femme adultère, d'en épouser de son vivant une autre; on doit, au contraire, inférer de ce concile, qu'ayant prononcé des peines contre la femme qui avait quitté son mari adultère, et n'en ayant prononcé aucune contre le mari qui a répudié sa femme adultère, il n'a pas cru qu'il fût défendu au mari qui a répudié sa femme adultère, d'en épouser une autre du vivant de celle qu'il a répudiée; car s'il l'eût cru, il n'eût pas manqué de prononcer la même peine, en ce cas, contre le mari, qu'il a prononcée contre la femme.

469. Ajoutez à cela que plusieurs des anciens pères ont enseigné, en termes formels, que le lien du mariage pouvait être rompu par l'adultère de la femme. C'est ce que dit Tertullien dans le quatrième livre contre Marcion: *Præter ex causâ adulterii nec Creator disjungit quod ipse scilicet conjunxit.* Donc, selon Tertullien, *ex causâ adulterii Deus disjungit aut disjungi permittit quod conjunxerat.*

S. Epiphanie, dans son livre *adversùs Hæreses*, cap. 59, dans le quatrième siècle, où il combat les erreurs de certains hérétiques qui se donnaient le nom de *cathares*, c'est-à-dire, *purs*, lesquels condamnaient les seconds mariages, même à l'égard des laïques, s'exprime ainsi, selon la traduction du P. Petau, v. 4 : *In populo tolerari istud potest, ut qui uxore primâ contenti esse non possunt, eâ mortuâ secundam sibi copulent, quanquam qui unam duntaxat habuit, majori, Ecclesiæ judicio, honore dignus est; sed cui mortua una non sufficit, quum occasione aliquâ stupri adulteriique aut alterius flagitii* [1] *cum eâ divortium fecerit, is si alteram uxorem duxerit, aut alteri viro nupserit, sacrarum litterarum auctoritas ab omni culpâ illos absolvit, neque ab Ecclesiâ aut æternâ vitâ rejicit, sed propter imbecillitatem tolerandos existimat; non itâ tamen ut duas, alterâ superstite, uxores habeat, sed ut ab unâ separatus, alteram sibi legitimè, si lubet, adjungat.*

Asterius, évêque d'Amasée, dans le même siècle, dit expressément dans une homélie sur S. Matthieu : *Existimate et omninò vobis persuadete matrimonia morte tantùm et* ADULTERIO *dirimi.*

490. S. Augustin a traité *ex professo* la question de l'indissolubilité du mariage en cas d'adultère ; et dans son premier livre *de Conjug. adulter. ad Pollentium*, il décide que l'adultère de l'un des conjoints par mariage, ne donne lieu qu'à la séparation d'habitation, mais ne rompt pas le lien du mariage ; et que le mari qui a chassé sa femme pour cause d'adultère, ne peut pas, tant qu'elle vit, sans commettre lui-même un adultère, épouser une autre femme ; de même que la femme qui a quitté son mari adultère, ne peut pas, de son vivant, épouser un autre homme.

Il emploie, pour l'établir, le passage de l'Evangile de S. Marc, ch. 10, v. 2, où l'évangéliste fait dire à Jésus-Christ, en termes généraux, sans excepter le cas de l'adultère de la femme, ni aucun autre cas : Quiconque renvoie sa femme, et en épouse une autre, commet un adultère : *Quicumque dimiserit uxorem suam, et aliam duxerit, adulterium committit super eam.* Il cite aussi le passage de saint Luc, chap. 16, v. 18, où Jésus-Christ dit pareillement, sans faire aucune exception : *Omnis qui dimittit uxorem suam, et alteram ducit, mæchatur; et qui dimissam à viro ducit, mæchatur* [2].

Saint Augustin argumente de ces textes de cette manière : Ces évangélistes, dit-il, ayant parlé indistinctement, *Qui sumus ut dicamus, est qui mæchatur uxore suâ dimissâ alteram ducens, et est qui hoc faciens non mæchatur, quum Evangelium dicat omnem mæchari qui hoc fecit ? Proindè si omnis qui hoc fecerit, ut uxore suâ dimissâ alteram ducat, mæchatur ; sinè dubitatione ibi sunt ambo, et qui præter causam fornicationis dimittit uxorem*, n° 10.

Saint Augustin tire encore argument pour son interprétation, de ce que dit saint Paul, *Epist.* 1, *ad Corinth.* ch. 7, v. 10 : J'ordonne, de la part du Seigneur, aux femmes de ne pas quitter leurs maris ; ou si elles les quittent, de ne se pas remarier : *Iis qui matrimonio juncti sunt, præcipio, non ego, sed Dominus, uxorem à viro non discedere ; quòd si discesserit, manere innuptam, aut viro suo reconciliari : Et vir uxorem non dimittat.* Saint Augustin tire de ce

---

[1] Il ne restreint pas le divorce au seul cas d'adultère.

[2] Mais pourquoi mettre de côté le chap. 19, v. 9 de saint Mathieu ? on peut même faire observer que saint Mathieu écrivait peu de temps après la mort de Jésus-Christ. qu'il rapportait ce qu'il avait entendu : que saint Marc n'a composé son ouvrage que sur ce qu'il avait appris de saint Pierre, et longtemps après la mort de Jésus-Christ. Saint Marc peut avoir oublié une partie de ce qu'a dit Jésus-Christ, mais saint Mathieu ne peut avoir inventé ce qui n'aurait pas été dit : une omission est excusable dans l'un, une supposition serait impardonnable dans l'autre !

passage cet argument : Saint Paul, en ordonnant à la femme qui a quitté son mari, de ne se pas remarier, entend parler de celle qui l'a quitté pour cause d'adultère commis par son mari : autrement il ne lui aurait pas été permis de le quitter ; or il lui ordonne, de la part du Seigneur, de ne se pas marier à un autre : donc saint Paul suppose que l'adultère commis par le mari, autorise bien la femme à le quitter, mais qu'il ne rompt pas le lien de leur mariage, puisqu'il leur défend d'épouser un autre homme : *Si discesserit, manere innuptam* : donc pareillement, conclut saint Augustin, l'adultère de la femme autorise seulement le mari à la renvoyer, mais il ne rompt pas le lien du mariage ; la condition de l'un et de l'autre devant être égale : or, dit-il, *Si par forma est in utroque, uterque mœchatur, si se alteri junxerit, etiamsi se à fornicante disjunxerit ; parem verò esse formam in hâc causâ viri et mulieris ibi ostendit apostolus, ubi quum dixisset, uxor non habet potestatem corporis sui, sed vir ; adjecit atque ait : Similiter vir non habet potestatem sui corporis, sed mulier.*

491. Les avis étaient encore partagés sur cette question au temps de saint Augustin ; il reconnaît lui-même, en son Traité *de Fide et operibus*, cap. 19, que la question souffrait difficulté. Il dit : *In ipsis divinis scripturisità obscurum est utrùm iste cui cuidem sinè dubio licet adulteràm dimittere, adulter tamen habeatur si aliam duxerit, ut quantùm existimo, venialiter ibi quisque fallatur.* Et dans le second de ses livres *Retractationum*, cap. 57, il dit qu'il n'ose se flatter d'avoir parfaitement éclairci la question : *Scripsi duos libros de adulterinis conjugiis quantùm potui secundùm scripturas, cupiens solvere difficillimam quæstionem, quod utrùm enodatissimè fecerim nescio ; imò verò non me pervenisse ad hujus rei perfectionem sentio ; quamvìs multos sinus ejus aperuerim, quod judicare poterit quisquis intelligenter legit.*

492. L'autorité de saint Augustin, dont les décisions ont toujours été regardées comme des oracles, ne tarda pas à réunir les suffrages sur cette question [1].

Dans le Code de l'Eglise d'Afrique, le canon 102 est conçu en ces termes : *Placuit ut secundùm evangelicam et apostolicam disciplinam, neque dimissus ab uxore, neque dimissa à marito, alteri conjungantur, sed ità maneant, aut sibimet reconcilientur ; quod si contempserint, ad pœnitentiam redigantur, in quâ causâ Legem imperialem petendam promulgari.*

Quoique ce canon ne parle pas expressément du cas auquel le divorce est fait pour cause d'adultère, néanmoins étant conçu en termes généraux, et ne faisant aucune exception, il comprend ce cas comme les autres, et il décide qu'en cas de divorce, pour quelque cause qu'il soit intervenu, soit pour cause d'adultère, soit pour quelque autre cause, il n'est permis ni à l'homme d'épouser une autre femme, du vivant de celle dont il est séparé, ni à la femme d'épouser un autre homme, du vivant de celui dont elle est séparée.

Il est d'autant plus certain que ce canon doit être entendu en ce sens, qu'il est écrit en marge, qu'il est tiré du second concile de Milève. Saint Augustin ayant assisté à ce concile, tenu contre les pélagiens l'an 416, et en ayant été l'âme, c'est sur sa doctrine que ce canon a été rédigé.

Denis le Petit, dans sa collection des canons, a inséré par abrégé ce Code de d'Eglise d'Afrique. Le canon que nous venons de rapporter, s'y trouve sous le titre, *Tituli diversorum canonum africanæ Ecclesiæ*, à l'article 102, en ces termes : *De his qui uxores, aut quæ viros dimittunt, ut sic maneant* (supple *innupti, quandiù vivit persona dimissa*).

---

[1] Mais il convient lui-même que la question souffre de très grandes difficultés, et il déclare sans hésiter qu'il ignore s'il est parvenu à la résoudre convenablement ! l'oracle est donc ici un peu en défaut.

Cet auteur, qui florissait sur la fin du cinquième siècle et au commencement du sixième, n'ayant inséré dans sa collection que les canons qui étaient alors universellement reçus dans l'Eglise, où en conséquence sa collection, depuis qu'elle a paru, a été de la plus grande autorité, il s'ensuit que la doctrine de l'indissolubilité du mariage, sans aucune exception, que renfermait le canon ci-dessus cité, qui se trouve dans cette collection, était, dès le temps qu'elle a paru, un point de discipline universellement reconnu dans l'Eglise d'Occident.

493. Ce canon, et la doctrine qu'il renferme, ont reçu une nouvelle autorité par les capitulaires de Charlemagne, où il a été inséré. On le trouve dans la collection de l'abbé Andegise, liv. 1, art. 42, en ces termes : *Item ex eodem (concilio africano) ut nec uxor à viro dimissa alium accipiat virum, vivente viro suo, nec vir aliam accipiat uxorem, vivente priore.*

494. Les conciles tenus dans les siècles suivants ont suivi cette doctrine, et se sont même expliqués encore plus formellement, ayant exprimé le cas du divorce pour cause d'adultère. Le concile de Frioul, tenu sous Charlemagne, sur la fin du huitième siecle, canon 10, porte : *Placuit ut resoluto, fornicationis causâ, jugali vinculo* [1], *non liceat viro aliam uxorem ducere.*

Le concile de Nantes, qui est au moins du temps de Charlemagne, qui a inséré dans ses capitulaires deux canons de ce concile, mais qui peut être beaucoup plus ancien, son époque étant incertaine, dit au canon douzième: *Si cujus uxor adulterium perpetravit, et hoc à viro deprehensum fuerit et publicatum, dimittat uxorem.... vir verò ejus, illâ vivente, nullatenùs aliam accipiat.*

Le concile tenu à Tribur, près Mayence, l'an 895, dans le canon 46, parle du cas d'une femme répudiée par son mari pour cause d'adultère, et poursuivie criminellement; et à la fin de ce canon il dit : *Maritus verò, quamdiù ipsa vivat, nullo modo uxorem ducat.*

Le concile tenu à Trofli, en 909, au canon 8, dit : *Uxor nunquam propter hominem separanda, et si fornicata fuerit, et vir ejus voluerit, dimittenda; sed, illâ vivente, altera non ducenda, quia adulteri regnum Dei non possidebunt.*

495. On peut ajouter à ces autorités le suffrage unanime des auteurs ecclésiastiques qui ont écrit depuis le sixième siècle sur ces matières, lesquels ont enseigné, en termes formels, que l'homme qui avait répudié sa femme, quoique pour cause d'adultère, ne pouvait pas, du vivant de cette femme, en épouser une autre : tels sont, dans le septième siècle, Bède, sur le chap. 10 de saint Marc ; dans le neuvième, Jonas, évêque d'Orléans; Hincmar de Rheims, dans son ouvrage du divorce de Lothaire et de Theutberge ; Paschase Ratbert, sur le chap. 19 de saint Matthieu ; Yves de Chartres, dans sa lettre 125e à Dambert de Sens. L'auteur de la tradition sur le mariage a recueilli ces témoignages, où on peut les voir; ou encore mieux dans les livres originaux.

496. Le droit canonique moderne n'est pas moins décisif que l'ancien pour la doctrine de l'indissolubilité du mariage, sans aucune exception, même dans le cas du divorce pour cause d'adultère.

Cette doctrine est enseignée dans le décret de Gratien. Cet auteur, caus. 32, quæst. 7, rapporte, à son ordinaire, les autorités pour et contre ; et après avoir rapporté celles sur lesquelles est établie la doctrine de l'indissolubilité,

---

[1] Par ces termes, *jugali vinculo*, le concile n'entend parler que de l'obligation mutuelle que les conjoints avaient contractée de se rendre le devoir conjugal; laquelle est dissoute par le crime d'adultère : il n'entend pas parler du lien conjugal proprement dit, par lequel Dieu les a unis en une même chair. Le concile reconnaît que l'adultère ne rompt pas celui-là, puisqu'il décide que celui qui a répudié sa femme pour cause d'adultère, ne peut se remarier tant qu'elle vit. (*Note de l'édition de 1768.*)

il dit: *His auctoritatibus evidentissimè monstratur, quòd quicumque, fornicationis causâ, uxorem suam dimiserit, aliam, illâ vivente, ducere non poterit, et si duxerit, reus adulterii erit.*

Le droit des décrétales est pareillement conforme à cette doctrine. En conséquence Alexandre III, cap. 5, Extr. *de Divort.*, décide, qu'un mari qui, après s'être séparé de sa femme pour cause d'adultère, s'était, du vivant de cette femme, remarié à une autre, devait être condamné à retourner avec la première qu'il avait quittée.

Par cette décision le pape regarde tellement comme un adultère le mariage qu'un homme contracte du vivant de la femme qu'il a quittée pour cause d'adultère, qu'il ordonne que cet homme ne puisse plus reprocher à sa femme qu'il a répudiée l'adultère qu'elle a commis, suivant la règle, *Paria delicta mutuâ pensatione extinguuntur*; et qu'en conséquence il soit tenu de retourner avec cette femme, de laquelle, sans cela, il aurait pu demeurer séparé.

Dans le quinzième siècle, Eugène IV, dans le concile de Florence, dit nettement que l'adultère ne donne lieu qu'à la séparation d'habitation, et qu'il ne peut dissoudre le lien. Le troisième caractère du mariage, dit ce pape, est l'indissolubilité; *Propter hoc quòd significat indivisibilem conjunctionem Christi et Ecclesiæ : quamvìs autem ex causâ fornicationis liceat thori separationem facere, non tamen aliud matrimonium contrahere fas est, quum matrimonii vinculum legitimè contracti perpetuum sit*; 13[e] tome des conciles du père Labbe, p. 539.

497. Cette doctrine de l'indissolubilité du mariage, même en cas de séparation pour cause d'adultère, était si autorisée dans l'Eglise latine au temps du concile de Trente, que lorsque la question y fut proposée, on avait projeté un décret qui frappait d'anathème le sentiment contraire. Les ambassadeurs de la République de Venise s'y opposèrent, et représentèrent que dans plusieurs provinces sujettes de la République, qui suivaient le rit grec, on avait sur ce point une discipline contraire à celle de l'Eglise latine, et qu'on y tenait, comme dans toute l'Eglise grecque, que l'adultère de la femme rompait le lien du mariage, et que l'homme qui l'avait répudiée pour cette cause, pouvait, du vivant de cette femme, en épouser une autre; qu'il n'était pas juste de condamner les peuples de ces provinces sans les avoir entendus; d'autant plus que dans les articles qui furent proposés dans le treizième siècle pour la réunion des Grecs, on ne leur proposa pas de se départir sur ce point de leur discipline. Ces représentations firent changer le canon: le concile laissa à chaque Eglise la liberté de suivre la discipline qu'elle avait anciennement tenue, et se contenta de frapper d'anathème ceux qui s'arrogeraient l'autorité de censurer et de taxer d'erreur la discipline de l'Eglise latine sur ce point.

C'est pourquoi le canon, qui est le septième, sess. 24, fut rédigé de cette manière: *Si quis dixerit Ecclesiam errare quum docuit et docet juxtà evangelicam et apostolicam doctrinam, propter adulterium alterius conjugum, matrimonii vinculum non posse dissolvi; vel etiam innocentem qui causam adulterio non dedit, non posse, altero conjuge vivente, aliud matrimonium contrahere mœcharique eum qui, dimissâ adulterâ, aliam duxerit, et eam quæ dimisso adultero alii nupserit, anathema sit.*

Quoi qu'il en soit de cette question, il n'est pas douteux *in praxi* parmi nous, que, lorsqu'un homme s'est fait séparer de sa femme, après l'avoir convaincue d'adultère, le lien du mariage est censé subsister, et forme un empêchement dirimant qui rend nul le mariage qu'il contracterait avec une autre, du vivant de celle qu'il a répudiée [1].

---

[1] Telle est aussi notre législation depuis la loi du 8 mai 1816, qui a aboli le divorce, mais il est bien à souhaiter qu'il en soit autrement : et on peut former ce vœu même dans l'intérêt des mœurs.

ART. IV. — Lorsque l'un des conjoints qui se sont mariés étant infidèle, se fait chrétien, peut-il dissoudre le lien du mariage qu'il a contracté avec l'autre qui persévère dans l'incrédulité.

498. La décision de cette question dépend de l'interprétation qu'on doit donner à quelques versets du septième chapitre de la première épître de saint Paul aux Corinthiens.

Dans ce chapitre, après que saint Paul a établi comme un principe général, que, suivant le commandement du Seigneur, une femme ne doit point quitter son mari; que si elle l'a quitté, il ne lui est pas permis de se remarier; qu'elle doit rester sans mari, ou se réconcilier avec celui qu'elle a quitté; qu'un mari ne peut pareillement quitter sa femme [1]; il vient ensuite à la question qui lui avait été faite sur le cas particulier d'un chrétien qui a une femme infidèle, ou d'une chrétienne qui a un mari infidèle : il répond qu'il n'a pas de commandement formel du Seigneur à leur apporter pour ce cas particulier, sur lequel le Seigneur ne s'est pas expliqué; mais ce que j'ai à vous dire, leur dit il, c'est que si un de nos frères a une femme infidèle qui veuille demeurer avec lui, il ne doit point la renvoyer; et pareillement, si une de nos sœurs a un mari infidèle qui veuille demeurer avec elle, elle ne doit point le quitter : car, bien loin que la partie fidèle soit souillée par la partie infidèle, au contraire la partie fidèle peut servir à la sanctification de la partie infidèle.

Vous procurez aussi, en demeurant avec la partie infidèle, la sanctification de vos enfants, auxquels vous procurez la grâce du baptême et l'instruction dans la foi; au lieu qu'en vous séparant de la partie infidèle, et les lui laissant, ils seraient impurs. Si cependant la partie infidèle veut se séparer, et qu'il ne soit pas pas possible à la partie fidèle de vivre en union avec elle, nous n'obligeons pas notre frère ou notre sœur à courir après la partie infidèle pour être avec elle dans une discorde continuelle; nous ne leur imposons pas une pareille servitude : Dieu nous a appelés à un état de paix; néanmoins que le fidèle ne néglige rien pour demeurer avec l'infidèle; car qui sait si vous ne gagnerez pas à la foi votre mari, en demeurant avec lui? Qui sait si vous ne gagnerez pas votre femme à la foi, en demeurant avec elle? *Cæteris ego dico, non Dominus : Si quis frater uxorem habet infidelem, et hæc consentit habitare cum illo, non discedat; et si quæ mulier fidelis habet infidelem, et hic consentit habitare cum illâ, non dimittat virum : sanctificatus est enim vir infidelis per mulierem fidelem, et sanctificata est mulier infidelis per virum fidelem, alioquin filii vestri immundi sunt, nunc autem sancti sunt. Quòd si infidelis discedit, discedat; non enim servituti subjectus est frater aut soror in hujusmodi; in pace autem vocavit nos Deus* [2] : *undè enim scis mulier, si virum salvum facies? aut undè scis vir, si mulierem salvam facies?* etc. v. 12, 13, 14, 15, 16.

Le point de la question est de savoir si saint Paul, par les versets que nous venons de rapporter, permet à la partie fidèle de faire avec la partie infidèle un divorce qui rompt le lien du mariage, ou s'il permet seulement une simple séparation d'habitation qui le laisse subsister.

---

[1] *His qui matrimonio juncti sunt, præcipio, non ego, sed Dominus, uxorem à viro non discedere; quòd si discesserit, manere innuptam, aut viro suo reconciliari; et virum non dimittere uxorem.* (Note de l'édit. de 1768.)

[2] *Non enim servituti subjectus est frater aut soror in hujusmodi: in pace autem vocavit nos deus*, v. 15. Mais la vie commune peut être rendue insupportable pour d'autres causes et même plus graves que la diversité de culte et de croyance ! et alors le mariage manque complétement son but.

499. Cette question a été depuis peu très bien discutée dans une espèce sur laquelle est intervenu un arrêt du parlement.

Borach Levi, Juif de naissance, et originaire d'Haguenaw, y avait contracté mariage avec Mendel-Cerf, qui était pareillement Juive, et native d'Haguenaw : Borach Levi étant venu à Paris, se convertit au christianisme, et fut baptisé à Monmagni, village du diocèse de Paris, le 10 août 1752, avec deux enfants qu'il avait de son mariage, et qu'il avait amenés avec lui.

Depuis, Borach Levi fit, les 13 mai et 22 octobre 1754, des sommations à sa femme Mendel-Cerf, qui était restée à Haguenaw, de venir le joindre, et par la seconde de ces sommations, il lui déclare qu'il consent qu'en venant le rejoindre, elle vive chez lui dans la profession du judaïsme.

A ces sommations, Mendel-Cerf ayant répondu qu'elle ne voulait pas retourner avec lui, et qu'elle le sommait de lui envoyer, selon les formes du judaïsme, un libelle de divorce, pour qu'elle pût se marier à un autre homme de sa religion, Borach la fit assigner à l'officialité de Strasbourg, où il obtint sentence le 7 novembre 1754, qui lui donne acte des sommations par lui faites à sa femme, et des réponses de sa femme, et déclare qu'il est libre de se pourvoir par mariage en face d'Eglise avec une personne de même religion que celle qu'il professe maintenant.

Depuis, Borach ayant contracté des promesses de mariage avec une fille de Villeneuve-sur-Bellot, diocèse de Soissons, nommée Anne Thévard, auxquelles le père de ladite Thévard avait souscrit, s'adressa au curé dudit Villeneuve pour publier ses bans de mariage. Il fit signifier les sommations qu'il avait faites à Mendel-Cerf, la sentence de l'official de Strasbourg, qui avait prononcé la dissolution de son mariage avec elle, et un certificat du secrétaire de l'évêché de Strasbourg, qui atteste que par les registres du greffe, il paraît que de tout temps il a été permis dans le diocèse de Strasbourg, aux juifs baptisés de se remarier avec des catholiques, lorsque leurs femmes juives ont refusé de cohabiter avec eux depuis leur baptême ; et que cet usage a été constamment reconnu par le conseil souverain de Colmar.

Le curé ne s'étant pas contenté de ces pièces, et ayant refusé de publier les bans de mariage, Borach le fit assigner en l'officialité de Soissons, pour qu'il lui fût enjoint de les publier. L'official, par sa sentence du 5 février 1756, ayant déclaré Borach non recevable en sa demande, Borach interjeta appel comme d'abus de cette sentence au parlement.

La question qui était à juger au parlement sur cet appel, était de savoir si Borach avait pu rompre, quant au lien, le mariage qu'il avait contracté dans le Judaïsme avec Mendel-Cerf, et s'il pouvait en conséquence épouser une autre femme de son vivant. Cette question y fut très bien discutée : on a imprimé les consultations et les plaidoyers qui ont été faits sur cette matière.

Nous rapporterons dans un premier paragraphe, les raisons qui furent alléguées pour soutenir que saint Paul permettait à un infidèle converti au christianisme, de rompre, même quant au lien, le mariage qu'il avait contracté dans l'infidélité, lorsque l'autre conjoint demeuré dans l'infidélité, refusait de cohabiter avec lui.—Dans un second paragraphe, nous rapporterons les raisons qui furent alléguées pour prouver que le mariage ne pouvait en ce cas se rompre quant au lien, et l'arrêt qui est intervenu sur la question [1].

§ Ier. *Raisons pour soutenir que saint Paul permet un véritable divorce qui rompt le lien du mariage.*

500. On dit que l'indissolubilité non susceptible d'aucune exception, est un caractère qui ne convient qu'au mariage qui fut contracté dans l'état d'in-

[1] Pareille question ne peut se présenter aujourd'hui.

nocence entre nos premiers parents, et à ceux qui, depuis la loi évangélique, sont contractés par les fidèles; parce que ces mariages sont le type et la figure de l'union de Jésus-Christ avec son Eglise, dont l'indissolubilité n'est susceptible d'aucune exception [1]. On prétend que, par le péché, les mariages ont cessé d'avoir ce caractère, jusqu'à l'institution du sacrement de mariage, par laquelle Jésus-Christ ayant élevé à la dignité de sacrement les mariages des fidèles, les a rendus le type et la figure de son union avec son Eglise, et leur a donné le caractère d'une indissolubilité non susceptible d'aucune exception, qui en est une suite; mais que, n'y ayant que les mariages des fidèles qui aient été élevés à cette dignité, les mariages des infidèles, tels que ceux des Juifs et des païens, n'ont pas ce caractère d'une indissolubilité non susceptible d'aucune exception.

C'est pour cela, dit-on, que saint Paul, dans le chapitre de l'Epître aux Corinthiens, rapporté ci-dessus, n° 498, après avoir parlé du mariage contracté par des fidèles, à l'égard duquel il dit qu'il n'est pas permis à une femme de se remarier du vivant de son mari qu'elle a quitté, s'exprime ainsi : *Præcipio, non ego, sed Dominus, uxorem à viro non discedere; quòd si discesserit, manere innuptam :* et que lorsqu'il vient ensuite à parler du mariage contracté par des infidèles, dont l'une des parties s'est convertie à la foi, il dit que si l'autre partie qui demeure dans l'infidélité, ne veut pas demeurer avec celle qui s'est convertie, il est permis à la partie qui s'est convertie, de se séparer : *Quòd si infidelis discedit, discedat;* et il n'ajoute pas, comme dans l'espèce précédente, qu'elle ne doit pas se remarier; au contraire il ajoute qu'elle est libre : *non enim servituti subjectus est*, etc.

Pour autoriser cette interprétation du texte de saint Paul, on cite un canon rapporté en la seconde partie du décret de Gratien, caus. 28, quæst. 2, can. 2, où il est dit : *Si infidelis discedit odio Christianæ fidei, discedat; non est enim frater aut soror subjectus servituti in hujusmodi : non est enim dimisso peccatum propter Deum*, SI ALII SE COPULAVERIT : *contumelia enim creatoris solvit jus matrimonii circà eum qui relinquitur; infidelis autem discedens, et in Deum peccat, et in matrimonium, nec est ei fides servanda conjugii, quia propterea discessit, ne audiret Christum Deum Christianorum conjugiorum.*

Gratien attribue le texte dont il a composé ce canon, à saint Grégoire, dans les ouvrages duquel il ne se trouve point. On a cru qu'il était de saint Ambroise, parce que dans un Commentaire sur les Epîtres de saint Paul, qui a été pendant longtemps attribué à saint Ambroise, ce texte se trouve effectivement sur le chap. 7 de la première Epître aux Corinthiens, tel qu'il est rapporté par Gratien : mais les critiques du seizième siècle ont démontré que ce Commentaire avait été faussement attribué à saint Ambroise. Plusieurs le soupçonnent d'être d'un nommé Hilaire, diacre de la secte des lucifériens. *V.* la préface des savants bénédictins sur ce Commentaire, qu'ils ont placé à la suite des ouvrages de saint Ambroise, parmi les ouvrages faussement attribués à ce père.

L'interprétation qu'on a donnée au texte de saint Paul, est aussi autorisée par la décision du pape Innocent III, qui est au chapitre *Quanto*, Extr. *de Divort.* Ce pape fait une distinction entre le mariage contracté par des fidèles, dont l'un a depuis apostasié, et celui contracté par des infidèles dont l'un est depuis converti à la foi chrétienne. Il dit que, dans le premier cas, la partie fidèle dont l'apostat s'est séparé, ne peut pas, de son vivant, se remarier à un autre; mais il décide que, dans le second cas, la partie convertie, qui ne peut demeurer avec celle qui demeure dans l'infidélité, peut, de son vivant, se remarier à un autre : *Si alter infidelium ad fidem convertatur......, qui relinquitur ad secunda, si voluerit, vota transibit; et in hoc casu intelligimus quod ait Apostolus : Si infidelis discedit, discedat; fra-*

[1] Cette assimilation est trop mystique pour être comprise.

ter enim vel soror non est servituti subjectus in hujusmodi; et canonem[1] *etiam in quo dicitur : Contumelia Creatoris solvit jus matrimonii circa eum qui relinquitur.* Il donne cette différence entre l'un et l'autre cas : *Nam*, dit-il, *etsi matrimonium verum inter infideles existat, non tamen est ratum; inter fideles autem verum et ratum existit; quia sacramentum fidei quod semel admissum est, nunquam amittitur, sed ratum efficit conjugii sacramentum, ut ipsum in conjugibus illo durante perduret.*

On cite, pour autoriser ce sentiment, un grand nombre de théologiens et de canonistes qui l'ont enseigné, dont quelques-uns ont écrit avec Gratien, tels que Hugues de Saint-Victor et Pierre Lombard; et les autres ont écrit depuis, tels que saint Thomas, p. 3, *Suppl.*, quæst. 59, art. 5; saint Bonaventure, Nicolas de Lyra, Gerson, etc.

Estius, lib. 4, dist. 39, art. 7, dit que ce sentiment est *constans theologorum et canonistarum doctrina, qui in eâ re secuti sunt sacros Canones, et totius Ecclesiæ praxim.*

On cite l'autorité du pape Benoît XIV, dans son ouvrage *de Synodo diœcesanâ*, et celle de plusieurs rituels qui ont adopté ce sentiment; celle du catéchisme de Montpellier, et d'une foule d'auteurs du premier ordre, théologiens, canonistes et commentateurs de l'Ecriture-Sainte.

Enfin l'usage constant des diocèses où il y a des Juifs, et où ce cas se rencontre, tels que ceux de Strasbourg et de Metz.

§ II. *Raisons pour soutenir qu'un infidèle converti au christianisme, ne peut rompre le lien du mariage qu'il a contracté dans l'infidélité; et l'arrêt intervenu sur cette question.*

501. On commence par attaquer le principe sur lequel on fonde l'opinion rapportée au paragraphe précédent : c'est mal-à-propos, dit-on, que les partisans de cette opinion avancent que le caractère d'une indissolubilité sans aucune exception, est un caractère qui ne convient qu'aux mariages des fidèles, et que c'est la dignité du sacrement, à laquelle Jésus-Christ les a élevés, qui le leur donne. Ce caractère d'indissolubilité sans exception, est le caractère de tous les mariages, de ceux des infidèles aussi bien que de ceux des Chrétiens. Dieu a donné ce caractère au mariage dès son institution. C'est à toute sa postérité qu'Adam, inspiré de l'esprit de Dieu, intima la volonté de Dieu à cet égard, par ces paroles : *Homo relinquet patrem suum et matrem suam, et adhærebit uxori suæ; et erunt duo in carne unâ.*

L'indissolubilité du mariage n'est donc pas un caractère qui soit particulier aux mariages des fidèles, mais c'est le caractère de tous les mariages. Ce n'est pas parce que le mariage des fidèles a été élevé à la dignité de sacrement, qu'il est indissoluble; mais c'est, au contraire, parce qu'il est indissoluble, qu'il a été élevé à la dignité de sacrement; le caractère d'indissolubilité qui se trouve dans le mariage, étant propre à être la figure de l'indissolubilité de l'union que Jésus-Christ a contractée avec son église.

En vain oppose-t-on contre l'indissolubilité du mariage, que le divorce était permis par la loi de Moïse, pourvu qu'on y observât certaines formes qu'elle prescrivait. Cette objection est précisément la même que les Juifs firent à Jésus-Christ, lorsqu'il leur dit : *Non legistis quia qui fecit hominem ab initio, masculum et fœminam fecit eos, et dixit : Propter hoc dimittet homo patrem et matrem, et adhærebit uxori suæ, et erunt duo in carne unâ? Itaque jam non sunt duo, sed una caro; quod ergo Deus conjunxit, homo non separet.* Pourquoi donc, dirent les Juifs, Moïse a-t-il permis le divorce? *Dicunt illi :*

---

[1] C'est le canon du décret de Gratien que nous avons rapporté ci-dessus, dont le Pape rapporte les propres termes. (*Note de l'édition de* 1768.)

Quid ergo Moyses mandavit dare libellum repudii, et dimittere? Jésus-Christ nous a donné lui-même la réponse à cette objection : *Ait illis : Quoniam Moyses ad duritiam cordis vestri permisit vobis dimittere uxores vestras; ab initio autem non fuit sic* : Ce n'est que la dureté de votre cœur, qui a porté Moïse à vous permettre le divorce : cette permission est plutôt une tolérance d'un moindre mal, pour en éviter un plus grand, qu'une véritable permission.

Jésus-Christ a abrogé cette tolérance : c'est pourquoi ce que saint Paul dit dans le texte rapporté ci-dessus, que le conjoint converti à la foi peut quitter celui qui est demeuré dans l'infidélité, lorsque celui-ci ne veut pas demeurer en paix avec lui, *si discesserit, discedat*, ne doit s'entendre que d'une séparation d'habitation, et non pas d'une rupture de mariage; et ce qui est ajouté, *non enim subjectus est frater aut soror in hujusmodi*, signifie qu'il n'est plus assujetti au devoir conjugal envers le conjoint qui le quitte le premier; mais ils ne signifient pas qu'il soit dégagé du lien de mariage, et qu'il puisse se remarier à un autre.

502. Ce principe, que le caractère d'indissolubilité n'est pas particulier aux mariages des fidèles, mais qu'il est le caractère de tous les mariages, est confirmé par l'Eglise.

Innocent I, qui occupait le siége de Rome au cinquième siècle, dans son épître canonique, qui se trouve dans le *Codex canonum vetus ecclesiæ Romanæ*, de l'édition de M. Pithou (dans laquelle ce pape expose la tradition de son église, qui s'y était conservée depuis saint Pierre), dit en termes formels au cinquième canon de ladite épître, que la parole de Jésus-Christ, qui nous a dit que l'homme ne pouvait rompre les liens que Dieu lui-même avait formés, s'appliquait indistinctement à tous les mariages, à ceux des infidèles, comme à ceux des chrétiens : *Ipse Dominus*, dit-il, *quum interrogaretur à Judæis si liceret dimittere uxorem, atque exponeret fieri non debere, addidit : Quod ergo Deus junxit, homo non separet; ac, ne de his copulis locutus esse credatur quæ post Baptismum sortiuntur, meminerit hoc et à Judæis interrogatum, et Judæis responsum.*

Dans le neuvième siècle, le concile de Tribur en Franconie, can. 39, dit : *Synodus Romana ait quòd non dimittenda sit uxor post Baptismum, quæ habita est, et ante Baptismum : in Baptismo solvuntur crimina, non tamen legitima conjugia.*

La même chose se trouve dans un canon du concile de Meaux, que Gratien rapporte immédiatement avant le faux canon qui l'a induit en erreur, comme lui étant opposé.

503. Les écrits des anciens pères contiennent la même doctrine sur l'indissolubilité des mariages, quoique contractés dans l'infidélité.

Tertullien, dans son livre *Ad uxorem*, où il défend aux femmes chrétiennes de se marier à des infidèles, rapporte une objection qu'on lui faisait, tirée de ce que saint Paul dit que la femme fidèle peut sanctifier le mari infidèle; et il répond en disant que saint Paul parle d'un mariage contracté entre deux infidèles, dont l'une des parties a été depuis convertie à la foi chrétienne. Je ne parle pas, dit Tertullien, du cas de ce mariage dans lequel le fidèle converti se trouve DANS L'OBLIGATION DE DEMEURER, Dieu défendant le divorce hors le cas d'adultère; mais je parle du cas d'un mariage qu'il est au pouvoir du fidèle de ne pas contracter : *Respondebo.... Dominum magis ratum habere matrimonium non contrahi, quàm omninò disjungi; denique divortium prohibet, nisi stupri causâ, continentiam verò commendat :* HABEAT IGITUR ILLE PERSEVERANDI NECESSITATEM; *hic porrò non nubendi potestatem.*

Saint Chrysostome dit qu'un mari peut renvoyer sa femme pour cause d'adultère, mais non pour cause d'idolâtrie. Dieu, dit-il, a permis, *permisit ut is qui fornicariam uxorem habet, eam expelleret, gentilem verò uxorem secùs;*

in cap. Isaï. 3. Et ailleurs il dit : *Adeò indignum est hoc peccatum* (adulterii), *ut si uxor, invito conjuge etiam idololatrâ, ab illo separetur, à Deo puniatur; si ab adultero, minimè; Homil.* 63.

Saint Augustin, *de Adulterinis conjugiis*, suppose très clairement que le lien du mariage contracté entre des infidèles, n'est pas rompu lorsque la partie convertie à la foi se sépare de l'autre partie demeurée dans l'infidélité.

Après avoir, au livre premier, n° 19, comparé l'infidélité à l'adultère, il dit que de même que l'un des deux conjoints par mariage a droit de se séparer de l'autre pour cause d'adultère, de même le conjoint converti à la foi, avait le droit de se séparer de l'autre pour son obstination à demeurer dans l'infidélité, qui est une espèce d'adultère spirituel : *Si propter fornicationem carnis permittitur homo à conjuge separari, quantò magìs in conjuge mentis fornicatio detestanda est, id est infidelitas?* etc.

Ensuite il ajoute, que, quoique le conjoint ait ce droit, néanmoins saint Paul, inspiré par le Saint-Esprit, lui conseille de n'en pas user, et de demeurer, autant qu'il est possible, avec le conjoint infidèle; et une des raisons qu'il apporte au nombre 22 pour l'y engager, est afin de ne pas mettre par là le conjoint infidèle dans l'occasion de commettre un adultère, en se mariant à une autre personne : *Discessionem fidelis ab infideli*, dit ce père, *quam non prohibet Dominus præcepto legis, quia coràm illo injusta non est, prohibet Apostolus consilio charitatis, quia infidelibus affert impedimentum salutis, non solùm quia perniciosissimè scandalisatur offensi, verùm etiàm quia quum in alia conjugia ceciderint, adulterinis nexibus colligati difficillimè solvuntur.*

Il est évident par ce texte de saint Augustin, que ce père entend le texte de saint Paul, d'une simple séparation d'habitation qui laisse subsister le lien du mariage; car, si le lien du mariage était rompu, il n'aurait pas pu dire que l'infidèle dont le conjoint fidèle s'est séparé, commettrait un adultère en s'engageant dans un autre mariage : *Quum in alia conjugia ceciderint, adulterinis nexibus colligati difficillimè solvuntur.*

Dans le douzième siècle, Théophilacte enseigne pareillement que, lorsque le conjoint converti à la foi, se sépare de celui qui est resté dans l'infidélité, cette séparation ne rompt pas le lien de leur mariage. Dans son commentaire sur l'épître de saint Paul aux Corinthiens, en expliquant ces termes, *Non enim hujusmodi servituti subjectus est frater aut soror,* il dit : *Quæ verba si exactè discutiuntur, solùm significant quòd in hujusmodi discessibus seu separationibus infidelis à fideli, infidelis conjugis à fideli conjuge, infidelis patris à fideli filio, infidelis filii à fideli patre, etc. nullus frater aut soror, hoc est nullus christianus aut christiana, est subjectus servituti hujusmodi priori, putà, quâ filius tenetur patri, aut è converso.... quâ uxor marito, etc. converso; sed hinc non convincitur quòd fit* SOLUTUM VINCULUM CONJUGALE, *sicut non solvitur vinculum filiale aut paternum.*

504. Nonobstant ces raisons et ces autorités, par lesquelles on établit l'indissolubilité du mariage contracté dans l'infidélité, on est obligé de convenir que l'opinion contraire est depuis très longtemps l'opinion commune des théologiens et des canonistes; mais quelque accréditée qu'elle soit, il n'est pas difficile de la réfuter. Il paraît que tous ceux qui l'ont embrassée, y ont été entraînés par l'autorité de la décrétale d'Innocent III, rapportée au précédent paragraphe, qui a effectivement décidé que la partie convertie au christianisme, pouvait rompre le lien du mariage qu'elle avait contracté dans l'infidélité, lorsqu'elle était obligée de se séparer de l'autre partie qui demeurait dans l'infidélité. Mais si on fait voir que cette décrétale, qui est l'unique fondement de leur opinion, ne peut mériter aucune considération, il s'ensuivra que leur opinion étant destituée de fondement, ne peut se soutenir. C'est ce qu'on va établir.

C'est une erreur de fait, dans laquelle Innocent III est tombé, qui a donné lieu à sa décision. On sait que dans le treizième siècle, qui est le temps auquel vivait ce pape, les personnes qui étudiaient le droit canonique, consultaient peu les sources, et se contentaient de l'étudier dans des compilations de canons et de passages des pères de l'église, entre lesquelles compilations celle de Gratien tenait un rang distingué. On sait aussi que dans ce siècle, le flambleau de la critique n'avait pas encore fait distinguer les véritables ouvrages des pères, de ceux qui leur étaient faussement attribués. Innocent III ayant donc trouvé dans le décret de Gratien le canon que nous avons rapporté au paragraphe précédent, où il est dit que le conjoint converti au christianisme, que l'autre conjoint abandonne en haine de la religion chrétienne, est entièrement dégagé envers lui, et peut se marier à un autre ; et l'ayant peut-être aussi lu dans un commentaire sur les épîtres de saint Paul, qui passait alors, et a depuis longtemps passé pour être un ouvrage de saint Ambroise, ce pape fut persuadé que ce passage rapporté par Gratien, était effectivement tiré ou de saint Grégoire, à qui Gratien l'attribue, quoiqu'il ne se trouve pas dans ses ouvrages ; ou de saint Ambroise, parce qu'il se trouve effectivement tel que Gratien le rapporte, dans un commentaire sur les épîtres de saint Paul, qui passait alors pour être un ouvrage de saint Ambroise : c'est pourquoi il n'hésita pas à y conformer sa décision. On reconnaît par la lecture de sa décrétale, que c'est sur ce canon du décret de Gratien, qu'il appuie sa décision : il le cite, et il en rapporte les paroles : *Et in hoc intelligimus quod ait Apostolus.... et canonem etiam in quo dicitur : Contumelia Creatoris solvit jus matrimonii circa eum qui relinquitur.*

Or, il est certain aujourd'hui que ce canon de Gratien, auquel Innocent III a cru devoir conformer sa décision, ne mérite aucune considération, et qu'il n'est tiré d'aucun père de l'église, comme nous l'avons observé, *suprà*, n° 500.

Il suit de là que c'est l'erreur de fait dans laquelle était Innocent III, au sujet du canon de Gratien, qu'il croyait faussement avoir été puisé dans quelque père de l'église, qui a donné lieu à la décision contenue dans sa décrétale, et qu'en conséquence cette décision ne peut être d'aucune considération : elle en mérite d'autant moins, que la distinction que ce pape fait pour appuyer sa décision entre le mariage des infidèles, qu'il dit être *verum, non tamen ratum*, et celui des chrétiens, qu'il dit être *verum et ratum*, est une nouveauté contraire à ce qu'ont enseigné les conciles et les pères des premiers siècles, comme cela paraît par ce que nous avons rapporté de l'épître canonique du pape Innocent I, où il est dit en termes formels, « que le caractère d'indissolubilité ne convient pas moins au mariage des infidèles qu'à celui des fidèles » : cela paraît pareillement par les autres autorités que nous avons rapportées au commencement de ce paragraphe.

Enfin, quoique la multitude des théologiens et des canonistes se soit laissée entraîner par l'autorité de la décrétale d'Innocent III, il y en a néanmoins quelques-uns d'un très grand nom qui ne s'y sont pas laissés entraîner. De ce nombre sont le cardinal Cajétan, et Dominique Soto, qui soutint dans le concile de Trente, par l'autorité des pères, le sentiment contraire à la décrétale. Le concile ne jugea pas à propos de rien décider sur la question.

505. L'arrêt qui est intervenu sur cette question, est du 2 janvier 1758 ; il déclare qu'il n'y a pas abus dans la sentence de l'official de Soissons, et il fait défenses à Levi de passer à aucun mariage pendant la vie de Mendel-Cerf sa femme.

CHAPITRE III.

De la séparation d'habitation.

506. La *séparation d'habitation* est la décharge qui, pour de justes causes, est accordée par le juge à l'un des conjoints par mariage, de l'obligation d'habiter avec l'autre conjoint, et de lui rendre le devoir conjugal, sans rompre néanmoins le lien de leur mariage.

Cette séparation intervient le plus ordinairement sur la demande de la femme; elle intervient néanmoins quelquefois sur la demande du mari, comme dans le cas d'accusation d'adultère.

ART. Ier. — De la séparation d'habitation qui intervient sur la demande de la femme.

Nous verrons,—1° Quelles sont les causes pour lesquelles une femme peut obtenir la séparation d'habitation; — 2° Comment s'obtient cette séparation. —3° Nous traiterons de l'exécution et des effets de la séparation d'habitation qu'une femme a obtenue.

§ I. *Quelles sont les causes pour lesquelles une femme peut demander la séparation d'habitation.*

507. L'union du mari et de la femme, qui est formée par Dieu même, et le pouvoir que chacun des conjoints donne sur son corps, par le mariage, à l'autre conjoint, ne permettent pas à une femme de demander la séparation d'habitation, si ce n'est pour de très grandes causes. Elle est obligée, dans le for de la conscience, à s'attirer par sa douceur et par ses complaisances, les bonnes grâces de son mari; et si, en faisant tout ce qui est en son pouvoir, elle ne peut y réussir, elle ne doit opposer que la patience aux mauvaises manières de son mari, et même à ses mauvais traitements : elle doit regarder cela comme arrivant par l'ordre de Dieu, et comme une croix qu'il lui envoie pour expier ses péchés. Cela ne doit pas l'empêcher d'aller, dans toutes les occasions, au-devant de tout ce qui peut faire plaisir à son mari, et elle ne doit pas le quitter, à moins que les choses ne soient portées aux plus grandes extrémités.

508. A l'égard du for extérieur, les juges ne doivent pas trop facilement permettre à une femme de se séparer d'habitation de son mari, à qui Dieu l'a unie; mais lorsqu'il y a de justes causes, ils doivent le lui permettre; car, selon les règles de l'ordre politique, on doit, non pas faire, mais permettre un moindre mal pour en éviter un plus grand; or, il n'est pas douteux que la discorde et les querelles qui arrivent tous les jours entre le mari et la femme, si on les laisse ensemble, sont un bien plus grand mal que leur séparation : on doit donc, pour l'éviter, permettre à la femme de se séparer d'habitation de son mari, lorsqu'il y a pour cela de justes causes.

Quelles sont ces justes causes? C'est ce qui n'est pas facile à déterminer [1].

---

[1] *V.* art. 229, 230, 231, 232 et 306, C. civ.

Art. 229 : « Le mari pourra demander le divorce (la séparation de corps) « pour cause d'adultère de sa femme. »

Art. 230 : « La femme pourra demander le divorce (la séparation de « corps) pour cause d'adultère de son « mari, lorsqu'il aura tenu sa concubine « dans la maison commune. »

Art. 231 : « Les époux pourront réciproquement demander le divorce

On peut bien dire, en général, qu'on doit séparer d'habitation une femme, lorsqu'elle a considérablement à souffrir de l'aversion que son mari a conçue pour elle, et qu'il n'y a pas lieu de s'attendre à une réconciliation sincère; mais il n'est pas facile de déterminer le degré de ce qu'elle doit avoir à souffrir, pour qu'il y ait lieu à la séparation, ni d'appliquer ce principe aux différentes circonstances dans lesquelles se donnent les demandes en séparation.

C'est pourquoi on doit laisser entièrement à l'arbitrage et à la prudence du juge, les causes de séparation. Il ne doit être ni trop facile à l'accorder pour des dissensions passagères, ni trop difficile, lorsqu'il aperçoit dans les parties une antipathie et une haine invétérées, que la cohabitation ne pourrait qu'augmenter, si on les laissait ensemble.

509. Les mauvais traitements que le mari exerce envers sa femme, lorsqu'ils ont été jusqu'à la frapper, ou à la poursuivre pour la frapper, sont une des causes les plus ordinaires de séparation.

Le pape innocent III regarde cette cause comme une juste cause de séparation d'habitation, lorsqu'il dit au chap. 13, Extr. *de Rest. Spol.* vers la fin : *Si tanta sit viri sævitia, ut mulieri trepidanti non possit sufficiens securitas provideri, non solùm non debet ei restitui, sed ab eo potiùs amoveri.*

Le juge, par rapport à cette cause de séparation, doit avoir égard à plusieurs circonstances :

1° Il doit avoir égard à la qualité des parties. Un soufflet ou un coup de poing qu'un homme aura donné à sa femme, qui pourrait être une cause de séparation entre des personnes de condition honnête, n'en sera pas une entre des gens du bas peuple, à moins qu'ils n'aient été souvent réitérés ;

2° Il doit entrer en considération, si c'est à propos de rien ou pour des sujets légers que le mari s'est porté à ces excès, ou si ce n'est qu'après que sa femme avait, par des discours outrageants, poussé sa patience à bout;

3° enfin, si c'est dans une occasion unique que l'homme s'est porté à ces excès, avant laquelle les parties avaient toujours vécu en bonne union, le juge, selon les différentes circonstances, doit être plus ou moins facile à accorder la séparation.

510. Les mauvais traitements d'un homme envers sa femme, quoiqu'ils n'aient pas été jusqu'à la frapper, ni même jusqu'à tenter de la frapper, peuvent néanmoins être assez considérables pour être une juste cause de séparation. L'espèce se présenta il y a environ une vingtaine d'années, dans une cause sur une demande en séparation d'habitation, que la femme d'un trésorier de France avait donnée contre son mari. Le mari n'avait jamais frappé sa femme, ni tenté de la frapper; mais dès la première année de leur mariage, et pendant toutes celles qui avaient suivi, il n'avait cessé de lui témoigner le plus grand mépris, dans toutes les occasions devant les personnes qui fréquentaient la maison, devant les domestiques, et même devant leurs enfants communs, que le père excitait à se moquer de leur mère. La preuve de ces faits ayant été faite par l'enquête de la femme, il intervint sentence du bailliage d'Orléans, qui la sépara d'habitation ; et cette sentence a été depuis confirmée par arrêt contradictoire. Un tel mépris inspiré aux enfants communs, est infiniment plus sensible à une femme d'une condition honnête, que ne le seraient des coups que son mari lui aurait donnés dans quelque emportement.

« (la séparation de corps) pour excès, « sévices ou injures graves de l'un « d'eux envers l'autre. »

Art. 232 : « La condamnation de l'un « des époux à une peine infamante sera « pour l'autre époux une cause de divorce (de séparation de corps). »

Art. 306 : « Dans le cas où il y a lieu « à la demande en divorce pour cause « déterminée, il sera libre aux époux « de former demande en séparation « de corps. »

511. On peut aussi mettre au nombre des justes causes de séparation, le refus que ferait un mari, par dureté envers sa femme, de lui fournir, dans un état d'infirmité, les choses les plus nécessaires à la vie, quoiqu'il eût le moyen de les lui fournir.

Observez que, lorsque la séparation est demandée pour cette cause, le juge ne doit pas la prononcer; mais qu'il doit, par une première sentence, condamner le mari à fournir à sa femme les choses qu'elle demande, qu'il jugera lui être nécessaires : ce n'est que faute par le mari d'exécuter cette première sentence, qu'il prononce la séparation.

512. L'accusation d'un crime capital, intentée calomnieusement par un mari contre sa femme, est une juste cause de séparation d'habitation. C'est ce qui a été jugé par un arrêt de 1716, rapporté ou cité par tous les auteurs.

La même chose avait déjà été jugée par arrêt du 16 juillet 1695, sur les conclusions de M. d'Aguesseau, dans la cause du sieur Delastre, contre Marie Courtin sa femme. Dans l'espèce de cet arrêt, Delastre avait formé contre sa femme l'accusation de supposition de part (*crimen suppositi partûs*) : la femme, de son côté, outrée de cette calomnie, avait donné contre son mari une demande en séparation d'habitation. L'arrêt qui intervint, jugea l'accusation calomnieuse et sépara la femme d'habitation. La Cour ne jugea pas nécessaire la preuve de plusieurs faits que la femme alléguait pour fonder sa demande en séparation; l'accusation calomnieuse formée contre elle par son mari, parut seule être une cause plus que suffisante pour la fonder. En effet, cette injure doit être plus sensible à une femme, que ne le seraient les sévices les plus cruelles que son mari aurait exercées contre elle; et d'ailleurs une femme a tout à craindre en demeurant avec un homme qui s'est porté envers elle à de pareilles extrémités.

« Pourra-t-on, disait M. d'Aguesseau, refuser à une femme accusée fausse-« ment d'un crime capital, la juste satisfaction de se séparer pour toujours d'un « mari qui a voulu la déshonorer par une calomnie atroce? L'obligera-t-on à « soutenir pendant toute sa vie la présence de son accusateur, et les expose-« ra-t-on l'un et l'autre à toutes les suites funestes d'une société malheureuse, « qui ferait le supplice de l'innocent encore plus que du coupable »? Voyez le plaidoyer de M. d'Aguesseau, qui est le 34e, au 3e tome de ses œuvres.

513. Le chapitre *Quæsivit*, Extr. *de Divort.* rapporte une autre cause de séparation d'habitation, qui est le cas auquel le mari aurait fait profession ouverte d'hérésie, à cause du danger que la femme court que son mari ne la pervertisse. Cette décrétale ne peut recevoir aujourd'hui d'application en France, où il n'y a qu'une religion [1].

514. Ni l'épilepsie, quelque violents qu'en soient les accès, ni aucune autre maladie du mari, quoique contagieuse, ne peut être pour la femme une cause de séparation d'habitation : elle est obligée de demeurer avec son mari dans cet état; de même que si pareille maladie était arrivée à la femme, son mari ne pourrait pas pour cela la renvoyer.

Il en est de même d'une difformité, quelque grande qu'elle soit, qui serait survenue à l'un des conjoints, telle que celle que cause un cancer au visage, qui est ouvert. On peut appliquer ici ce que dit Ulpien, quoique dans un cas différent : *Quid enim tam humanum est, quàm fortuitis casibus mulieris maritum, vel uxorem viri participem esse;* L. 22, § 7, ff. *Solut. matrim.*

Ces principes sont conformes à la décision du pape Alexandre III, par rapport à la maladie de la lèpre, qui était commune de son temps : *Quoniam*, dit ce pape, *vir et uxor una caro sint, et non debeat alter sinè alterâ esse diutiùs,*

---

[1] Cette cause ne pourrait être invoquée pour obtenir séparation, par la raison contraire à celle de Pothier, c'est que la loi admet la liberté des cultes.

mandamus ut uxores viros et viri uxores qui lepræ morbum incurunt, sequantur, etc., cap. 1, Extr. *de Conjug. lepros.*

Le mal vénérien, quoiqu'il y ait de forts soupçons que le mari se l'est attiré par ses débauches, peut encore moins servir de fondement à une demande en séparation; ce mal n'étant plus aujourd'hui un mal incurable, mais un mal que presque tous les chirurgiens savent guérir.

515. La perte que le mari a faite de sa raison, quoiqu'il soit dans le cas d'être enfermé, n'est pas une cause de demande en séparation d'habitation : la femme peut seulement en ce cas poursuivre l'interdiction de son mari. Cette interdiction est ordonnée par le juge, sur un avis de famille. On nomme à cet interdit un curateur, et c'est ordinairement à la femme qu'on défère cette curatelle. Le juge ordonne même, s'il en est besoin, que le mari sera enfermé[1]: mais cela n'opère aucune séparation; la communauté continue, et cet interdit continue d'en être le maître.

516. Les adultères commis par le mari, ne peuvent servir à une femme de fondement pour une demande en séparation d'habitation : les femmes ne sont pas admises dans les tribunaux à la preuve de ces faits; au lieu qu'au contraire l'homme est reçu à former contre sa femme l'accusation d'adultère, comme nous le verrons en l'article suivant.

C'est ce dont se plaint, dans Juvénal, une certaine *Laronia :*

Dat veniam corvis (dit-elle), *vexat censura columbas.* Sat. 2.

La raison de différence est évidente : l'adultère que commet la femme est infiniment plus contraire au bon ordre de la société civile, puisqu'il tend à dépouiller les familles, et à en faire passer les biens à des enfants adultérins qui y sont étrangers; au lieu que l'adultère commis par le mari, quoique très criminel en soi, est à cet égard sans conséquence. Ajoutez qu'il n'appartient pas à la femme, qui est une inférieure, d'avoir inspection sur la conduite de son mari, qui est son supérieur[2]. Elle doit présumer qu'il lui est fidèle, et la jalousie ne doit pas la porter à faire des recherches de sa conduite.

§ II. *Comment s'obtient la séparation d'habitation.*

517. La femme ne peut obtenir la séparation d'habitation que par une sentence du juge, rendue en grande connaissance de cause. Un acte reçu par

---

[1] L'interdit est aujourd'hui mis en tutelle : Le mari est de droit tuteur de sa femme interdite; la femme peut être choisie pour tutrice de son mari interdit. *V.* art. 505, 506, 507, C. civ.

Art. 505 : « S'il n'y a pas d'appel du « jugement d'interdiction rendu en « première instance, ou s'il est confir- « mé sur l'appel, il sera pourvu à la « nomination d'un tuteur et d'un sub- « rogé tuteur à l'interdit, suivant les « règles prescrites au titre *de la Mi- « norité, de la Tutelle et de l'Eman- « cipation.* L'administrateur provisoire « cessera ses fonctions, et rendra « compte au tuteur s'il ne l'est pas lui- « même. »

Art. 506 : « Le mari est de droit le « tuteur de sa femme interdite. »

Art. 507 : « La femme pourra être « nommée tutrice de son mari. En ce « cas, le conseil de famille réglera la « forme et les conditions de l'adminis- « tration, sauf le recours devant les « tribunaux de la part de la femme qui « se croirait lésée par l'arrêté de la fa- « mille. »

[2] Cette raison ne nous paraît pas admissible : l'obligation de fidélité est également imposée à l'un et à l'autre, il n'y a sous ce rapport ni inférieur ni supérieur, mais égalité parfaite.

Aujourd'hui la femme peut demander la séparation pour adultère de son mari, lorsque celui-ci aura tenu sa concubine dans la maison commune. *V.* art. 230, C. civ., ci-dessus, p. 235, note 1.

des notaires, par lequel une femme exposerait tous les faits pour lesquels elle demande la séparation, et par lequel le mari, de son côté, reconnaîtrait la vérité de ces faits, et consentirait par conséquent à la séparation, serait un acte absolument nul, qui ne produirait aucun effet[1]. L'engagement du mariage étant formé par Dieu lui-même; non-seulement il est indissoluble, mais il ne doit pas même être permis aux parties qui l'ont contracté, de donner la moindre atteinte aux effets qu'il doit produire, sans de grandes causes, dont le mérite doit être examiné et reconnu par le juge.

518. La femme qui veut obtenir la séparation d'habitation, doit donc se pourvoir devant le juge à qui elle doit donner une requête, dans laquelle elle expose les faits sur lesquels elle se fonde pour l'obtenir; demander permission d'assigner son mari à cette fin, et cependant demander à être autorisée, pendant le cours du procès, à se retirer dans une communauté, ou dans un autre lieu décent qui lui sera indiqué par son mari, sinon par le juge.

Le juge devant qui la femme doit se pourvoir, est le juge séculier du lieu du domicile de son mari. Le juge ecclésiastique est incompétent; il n'a droit de connaître que des causes dans lesquelles il s'agit *de fœdere matrimonii*, dont il ne s'agit pas dans une demande en séparation d'habitation, cette séparation laissant subsister le lien du mariage; d'ailleurs la demande en séparation d'habitation renferme aussi celle en séparation de biens : or, toutes les matières qui concernent les biens, sont matières profanes, dont les juges d'église ne peuvent connaître sans abus.

Le mari, assigné aux fins de la requête de sa femme, doit lui faire remettre dans le lieu où elle s'est retirée, les habits et le linge dont elle a besoin pour son usage; et il doit lui payer sa pension pendant le cours du procès : en cas de refus, le juge doit l'y condamner[2].

519. La cause étant portée à l'audience, si les faits exposés par la femme ne sont pas trouvés suffisants pour donner lieu à une séparation d'habitation, on donne congé de la demande; s'ils sont trouvés suffisants on rend un appointement, par lequel on permet à la femme de faire la preuve par témoins des faits par elle exposés, sauf au mari à faire la preuve contrraire.

---

[1] « Elle (la séparation de corps) ne « pourra avoir lieu par le consentement mutuel des époux. » (307, C. civ.)

[2] *V.* art. 875, 876, 877, 878, 879, C. proc.

Art. 875 : « L'époux qui voudra se « pourvoir en séparation de corps, se« ra tenu de présenter au président du « tribunal de son domicile, requête con« tenant sommairement les faits; il y « joindra les pièces à l'appui, s'il y en a.»

Art. 876 : « La requête sera répon« due d'une ordonnance portant que « les parties comparaîtront devant le « président au jour qui sera indiqué « par ladite ordonnance. »

« Art. 877 : « Les parties seront te« nues de comparaître en personne, « sans pouvoir se faire assister d'a« voués ni de conseils. »

Art. 878 : « Le président fera aux « deux époux les représentations qu'il « croira propres à opérer un rappro« chement : s'il ne peut y parvenir, il « rendra ensuite de la première ordon« nance, une seconde portant qu'at« tendu qu'il n'a pu concilier les par« ties, il les renvoie à se pourvoir, sans « citation préalable au bureau de con« ciliation : il autorisera par la même « ordonnance la femme à procéder sur « la demande, et à se retirer provisoi« rement dans telle maison dont les « parties seront convenues, ou qu'il « indiquera d'office; il ordonnera que « les effets à l'usage journalier de la « femme lui seront remis. Les deman« des en provision seront portées à l'au« dience. »

Art. 879 : « La cause sera instruite « dans les formes établies pour les au« tres demandes, et jugée sur les con« clusions du ministère public. »

Dans les affaires ordinaires, lorsque le défendeur convient des faits que le demandeur a allégués pour le fondement de sa demande, les faits sont tenus pour avérés, sans qu'il soit besoin en ce cas que la preuve en soit ordonnée par le juge, qui n'a plus d'autre examen à faire, que de voir si les faits, en les regardant comme constants et avérés, sont suffisants pour fonder la demande. Il en est autrement à l'égard de la demande en séparation : cette séparation ne pouvant se faire que pour de grandes causes, et n'étant pas permis aux parties de se séparer par un mutuel consentement, la collusion qui est à craindre entre la femme et son mari, qui convient des faits par elle allégués, doit empêcher le juge de tenir les faits pour avérés ; et il doit en ordonner la preuve, quoique le mari en soit convenu.

520. Lorsqu'il a éclaté un commencement de rupture entre un mari et une femme, qui a été suivi d'une réconciliation, les faits de mauvais traitements qui ont précédé ce commencement de rupture, sont couverts par la réconciliation, qui rend la femme non recevable à s'en plaindre. C'est pourquoi la femme ne doit pas par la suite être écoutée dans une demande en séparation, si ce n'est pour des faits nouveaux qui se soient passés depuis la réconciliation.

A plus forte raison, lorsque la femme a donné une première demande en séparation d'habitation, dont son mari a obtenu le congé, elle ne peut être recevable à en donner une nouvelle, si ce n'est pour de nouveaux faits qui se soient passés depuis la sentence ; autrement le mari peut lui opposer l'exception *rei judicatæ*.

521. Lorsque la femme a été reçue à la preuve des faits par elle allégués pour fonder sa demande en séparation, et qu'elle a fait en conséquence son enquête, le juge, sur cette enquête, et sur celle du mari, s'il en a fait aussi une, rend son jugement ; et s'il trouve les faits suffisamment justifiés, il prononce par ce jugement la séparation d'habitation demandée par la femme. Si, au contraire, les faits ne sont pas justifiés, il donne congé de la demande de la femme, et la condamne à retourner avec son mari. Quelquefois il lui accorde un court délai, comme de six mois, pour y retourner, afin que le ressentiment que le mari peut avoir de la demande donnée contre lui par sa femme, puisse se calmer pendant ce délai, pendant lequel la femme doit rester en couvent. Nous trouvons ce tempérament adopté par un arrêt du 14 mai 1695, rapporté au 4e tome du *Journal des Audiences* (liv. 10, ch. 10).

§ III. *Des effets de la séparation d'habitation.*

522. Lorsque la séparation d'habitation a été prononcée par un jugement dont il n'y a pas d'appel, ou lorsque, sur l'appel, le jugement de séparation a été confirmé, l'effet de cette séparation est que la femme est par là déchargée de l'obligation qu'elle avait contractée par le mariage, de demeurer avec son mari, et de lui rendre le devoir conjugal : elle a le droit en conséquence de s'établir, où elle voudra, un autre domicile que celui de son mari.

La séparation d'habitation emporte avec elle celle des biens ; elle fait perdre au mari le droit qu'il avait sur les biens de sa femme, qui peut, en conséquence, le poursuivre pour la restitution de sa dot[1].

Lorsqu'il y avait communauté de biens, la séparation d'habitation en opère la dissolution. La femme peut, en conséquence, poursuivre son mari pour faire un inventaire des biens de la communauté ; elle a le choix de l'accepter

---

[1] *V.* art. 311, C. civ.
Art. 311 : « La séparation de corps « emportera toujours séparation de « biens. »

ou d'y renoncer; et, en cas d'acceptation, elle a le droit d'en poursuivre le partage [1].

523. Au reste, la séparation d'habitation, comme nous l'avons déjà dit, ne rompt pas le lien du mariage ; elle donne seulement atteinte aux effets qu'il produit. Le mari conserve, même encore après la séparation d'habitation, quelque reste de la puissance maritale, la femme séparée ayant besoin, pour les actes qui tendraient à l'aliénation de ses immeubles, de l'autorisation de son mari, ou, sur son refus, de celle du juge, qui en est représentative ; la séparation ne dispensant la femme de l'autorisation que pour les actes qui ne concernent que la simple administration de ses biens [2].

524. Tous les effets de la séparation cessent lorsque la femme séparée d'habitation est volontairement retournée avec son mari. Le mari rentre dans tous ses droits sur la personne et les biens de sa femme ; la communauté de biens, qui était entre les conjoints, est rétablie de plein droit. Tout ce qui a été acquis de part et d'autre pendant que la séparation a duré, y entre comme si elle n'avait jamais été dissoute ; et la séparation d'habitation, quelque exécution qu'elle ait eue, et quelque longtemps qu'elle ait duré, est regardée comme non avenue ; sauf que les actes faits par la femme pendant que la séparation a duré, subsistent, lorsque ce sont des actes que la séparation lui donnait droit de faire, tels que sont des baux de ses biens [3], etc.

---

[1] *V.* art. 1441, C. civ.

Art. 1441 : « La communauté se dissout, — 1° par la mort naturelle ; — « 2° par la mort civile ; — 3° par le divorce ; — 4° par la séparation de « corps ; — 5° par la séparation de « biens. »

[2] *V.* art. 1449, 1450, C. civ.

Art. 1449 : « La femme séparée soit « de corps et de biens, soit de biens « seulement, en reprend la libre administration. — Elle peut disposer « de son mobilier, et l'aliéner. — Elle « ne peut aliéner ses immeubles sans « le consentement du mari, ou sans « être autorisée en justice à son refus. »

Art. 1450 : « Le mari n'est point « garant du défaut d'emploi ou de remploi du prix de l'immeuble que la « femme séparée a aliéné sous l'autorisation de la justice, à moins qu'il « n'ait concouru au contrat, ou qu'il « ne soit prouvé que les deniers ont « été reçus par lui, ou ont tourné à son « profit. — Il est garant du défaut d'emploi ou de remploi, si la vente a été « faite en sa présence et de son consentement : il ne l'est point de l'utilité de cet emploi. »

[3] La séparation de corps cesse de plein droit, quant aux personnes par la seule réconciliation, mais en ce qui concerne les biens, il en est autrement. *V.* art. 1451, 1445 et 1449, C. civ.

Art. 1451 : « La communauté dissoute par la séparation soit de corps « et de biens, soit de biens seulement, « peut être rétablie du consentement « des deux parties. — Elle ne peut « l'être que par un acte passé devant « notaires et avec minute, dont une « expédition doit être affichée dans la « forme de l'article 1445. — En ce cas, « la communauté rétablie reprend son « effet du jour du mariage ; les choses « sont remises au même état que s'il « n'y avait point eu de séparation, sans « préjudice néanmoins de l'exécution « des actes qui, dans cet intervalle, « ont pu être faits par la femme en « conformité de l'article 1449. (*V.* « ci-dessus, note 2.) — Toute convention par laquelle les époux rétabliraient leur communauté sous « des conditions différentes de celles « qui la réglaient antérieurement, est « nulle. »

Art. 1445 : « La femme majeure qui « a pris dans un acte la qualité de commune, ne peut plus y renoncer ni se « faire restituer contre cette qualité, « quand même elle l'aurait prise avant « d'avoir fait inventaire, s'il n'y a eu « dol de la part des héritiers du mari. »

ART. II. — De la séparation d'habitation qui intervient sur la demande du mari.

525. Le cas auquel il intervient une séparation d'habitation sur la demande du mari, est lorsque, sur la plainte du mari, la femme est déclarée atteinte et convaincue du crime d'adultère [1].

526. Selon notre droit français, le mari seul est reçu à intenter l'accusation de ce crime contre sa femme [2].

Lorsque le mari est mort sans l'avoir intentée, ses héritiers ne sont pas recevables à opposer ce crime à la veuve, et à demander à en faire la preuve, pour se défendre de lui payer son douaire.

Si le mari avait intenté l'accusation, et qu'il fût mort pendant le cours de l'accusation, sans s'en être désisté, il n'est pas douteux que ses héritiers seraient reçus en ce cas à reprendre l'instance. Cela est conforme à cette règle de droit : *Omnes actiones quæ tempore aut morte pereunt, semel inclusæ judicio, salvæ permanent;* L. 139, ff. *de Reg. jur.*

Mais lorsque le mari s'est désisté de son vivant, ou lorsqu'il a déclaré qu'il pardonnait à sa femme, ses héritiers ne sont pas recevables à reprendre les poursuites. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du 10 juin 1650, rapporté par Soefve, tome 1, cent. 3, ch. 43. Dans l'espèce de cet arrêt, le mari, après avoir obtenu sentence qui déclarait sa femme convaincue d'adultère, pendant les poursuites sur l'appel de la sentence, interjeté par la femme, avait fait son testament, par lequel il déclarait qu'il pardonnait à sa femme la faute qu'elle avait commise envers lui, en protestant néanmoins que l'enfant dont elle était enceinte, n'était pas de lui. Cet homme étant mort, son frère demanda à reprendre l'instance, et se porta héritier sous bénéfice d'inventaire de son frère. Il fut déclaré par cet arrêt non recevable ; et le même arrêt infirma la sentence qui avait entériné les lettres par lesquelles il s'était porté héritier, au préjudice de l'enfant dont la veuve était accouchée.

Lorsque le mari ne se plaint pas, le ministère public n'est pas même reçu à intenter cette accusation, ni pendant le mariage, ni après la dissolution du mariage [3].

---

[1] Les causes de séparation sont aujourd'hui communes à l'un et à l'autre des conjoints, sauf la différence en ce qui concerne l'adultère. *V.* p. 235, note 1.

[2] Il en est de même aujourd'hui : cependant la loi accorde sans distinction l'action en désaveu aux héritiers du mari, lorsqu'il est décédé avant d'avoir fait sa réclamation ; mais étant encore dans le délai utile pour la faire, (*V.* art. 317, C. civ.) et il y a un cas de désaveu où il faut au préalable établir l'adultère de la femme. *V.* art. 313, *in fine*, ci-dessus, p. 41, note 1.

Art. 317 : « Si le mari est mort avant « d'avoir fait sa réclamation (en désa- « veu) mais étant encore dans le délai « utile pour la faire, les héritiers auront « deux mois pour contester la légitimité « de l'enfant, à compter de l'époque « où cet enfant se serait mis en posses- « sion des biens du mari, ou de l'épo- « que où les héritiers seraient trou- « blés par l'enfant dans cette posses- « sion. »

[3] *V.* Art. 336, 337, 338 et 339, C. pén. et 308, C. civ.

Art. 336, C. pén. : « L'adultère de « la femme ne pourra être dénoncé que « par le mari ; cette faculté même ces- « sera s'il est dans le cas prévu par « l'article 339. »

Art. 337, C. pén. : « La femme con- « vaincue d'adultère subira la peine de « l'emprisonnement pendant trois mois « au moins et deux ans au plus. — Le « mari restera le maître d'arrêter l'ef- « fet de cette condamnation, en con- « sentant à reprendre sa femme. »

Art. 338, C. pén. : « Le complice de « la femme adultère sera puni de l'em-

Néanmoins lorsqu'il y a scandale et prostitution publique, surtout lorsque le mari est complice de la prostitution de sa femme, le ministère public peut donner la plainte.

Lorsque le mari a intenté l'accusation d'adultère contre sa femme et contre l'adultère de sa femme, cette accusation, sur l'intervention du ministère public, s'instruit à l'extraordiuaire par récolement et confrontation.

527. La peine qui est en usage dans notre droit contre la femme convaincue d'adultère, et que nous avons tirée de la novelle de Justinien, est la réclusion dans un monastère, où son mari peut la voir et visiter, et au bout de deux ans, l'en faire sortir pour la reprendre et la recevoir chez lui; sinon, ledit temps passé, faute par son mari de la reprendre, elle doit être rasée, et rester dans ledit couvent le reste de ses jours. On la déclare en outre déchue de ses dot, douaire et conventions matrimoniales [1].

C'est la jurisprudence des arrêts rendus sur cette matière, qui a été suivie récemment par un arrêt du 3 juin 1766, rendu contre la nommée Marie-Catherine Broquin, femme du nommé Jacques Cagé. Par ledit arrêt, le nommé Lozier qui était l'adultère de ladite femme a été condamné à un bannissement de trois ans.

Observez que la peine de la réclusion à perpétuité, prononcée contre une femme convaincue d'adultère, n'empêche pas qu'après la mort de son mari, sur la plainte duquel elle a été condamnée, elle ne puisse sortir du lieu de sa réclusion, lorsqu'elle trouve à se marier à un autre homme : elle doit donner pour cela sa requête au juge. C'est ce qui a été jugé par arrêt du 21 juin 1684, rapporté au 3e tome du *Journal des Audiences* (liv. 10, ch. 21), sur les conclusions de M. Talon, qui dit que cette peine de réclusion à laquelle une femme adultère était condamnée, n'emportait pas la mort civile, et ne la rendait pas incapable de mariage; en quoi notre jurisprudence est différente des lois romaines, qui déclaraient incapables de mariage les femmes qui avaient été condamnées pour crime d'adultère.

Ceux qui seront curieux de savoir quelles ont été chez les Romains, dans les différents temps, les peines contre les femmes adultères, et leurs adultères, peuvent voir ce que nous en avons dit au titre *ad Leg. Jul. adult.*, en notre ouvrage, *Pandectæ Justinianeæ*, où nous avons traité au long cette matière. *V.* l'*Appendice* à la suite de ce traité.

« prisonnement pendant le même es- « pace de temps, et, en outre, d'une « amende de cent francs à deux mille « francs. — Les seules preuves qui « pourront être admises contre le pré- « venu de complicité, seront outre le « flagrant délit, celles résultant de « lettres ou autres pièces écrites par le « prévenu. »

Art. 339, C. pén. : « Le mari qui aura « entretenu une concubine dans la mai- « son conjugale, et qui aura été con- « vaincu sur la plainte de la femme, sera « puni d'une amende de cent francs à « deux mille francs. »

Art. 308, C. civ. : « La femme contre « laquelle la séparation de corps sera « prononcée pour cause d'adultère, sera « condamnée par le même jugement, « et sur la réquisition du ministère pu- « blic, à la réclusion dans une maison « de correction pendant un temps dé- « terminé, qui ne pourra être moindre « de trois mois, ni excéder deux ans. »

[1] La loi est aujourd'hui beaucoup moins sévère.

SEPTIÈME PARTIE.

DES SECONDS MARIAGES, ET DE L'ÉDIT DES SECONDES NOCES.

CHAPITRE PREMIER.

Des secondes noces.

528. Il est permis, soit à un homme, soit à une femme, de contracter plusieurs mariages, pourvu qu'ils ne les contractent que successivement, et après la dissolution des précédents. C'est ce qu'enseigne clairement saint Paul : *Mulier alligata est legi, quanto tempore vir ejus vivit : quòd si dormierit vir ejus, liberata est ; cui vult nubat, tantùm in Domino. I. ad Corinth.*, cap. 7.

Il y a eu néanmoins des hérétiques qui se donnaient le nom de *cathares*, ou de *purs*, qui, nonobstant ce texte formel de saint Paul, condamnaient les seconds mariages. Le concile de Nicée, can. 8, défend de les admettre à rentrer dans l'Eglise, s'ils n'abjurent par écrit cette erreur.

529. L'Eglise permet non-seulement de contracter un second mariage, mais autant qu'on jugera à propos d'en contracter, sans en fixer le nombre, pourvu qu'on ne les contracte que successivement, et après la dissolution des précédents. C'est ce qu'enseigne saint Augustin : *Apostolus dicens, si dormierit vir ejus, non dicit primus, vel secundus, vel quotus; nec nobis definiendum est quod non definit Apostolus : undè nec ullas debes damnare nuptias, nec eis verecundiam numerositatis inferre; de Bon. Vid.*, cap. 11, caus. 31, quæst. 2, can. 13.

On doit donc regarder comme un sentiment outré, celui de saint Basile, qui, dans sa lettre canonique à Amphiloque, can. 50, dit que les troisièmes et ultérieurs mariages sont plutôt tolérés que permis ; qu'ils sont tolérés comme un moindre mal, pour en éviter un plus grand ; savoir, le péché de fornication, auquel seraient, sans cela, exposées les personnes qui ont de la peine à garder la continence : *Trigamiæ lex non est, quarè lege tertium matrimonium non approbatur; veruntamen ea, ut ecclesiæ inquinamenta, videmus, sed publicis condemnationibus non subjicimus, ut quæ, solutâ ac profusâ fornicatione, sunt magis expetenda.*

530. Chez les Romains, une veuve pouvait bien à la vérité passer à un second mariage après la mort de son mari ; mais elle devait attendre pour cela qu'il se fût écoulé un an depuis la mort de son mari, et si elle se remariait plus tôt, elle encourait de plein droit la peine de l'infamie. La principale raison de cette défense, était *propter turbationem sanguinis ;* L. 11, § 1er, ff. *de His qui not. infam.*, à cause de l'inconvénient qui pouvait arriver, qu'il fût incertain si l'enfant qui naîtrait de cette femme, était l'enfant de son premier mari défunt, ou du second.

Nous n'avons point suivi en France sur ce point le droit civil, et nous avons préféré à cet égard la disposition du droit canonique, qui permet aux veuves

de se remarier, sans attendre ce temps, aussitôt qu'elles le jugeront à propos[1]; cap. 4 et 5, Extr. *de Sec. nupt.*

Observez qu'en adoptant dans notre droit la disposition de ces décrétales, nous sommes bien éloignés d'approuver la raison sur laquelle les papes, auteurs de ces décrétales, fondent leur décision, qui est que saint Paul ayant permis aux femmes de se remarier après la mort de leur mari, les lois séculières ne doivent pas restreindre une permission que saint Paul leur a donnée. C'est un fort mauvais raisonnement. Saint Paul, en permettant aux veuves de se remarier après la mort de leur mari, n'entend le leur permettre qu'en se conformant, à cet égard, aux lois de la puissance séculière. Ce grand apôtre, qui recommande si clairement l'obéissance aux lois des princes, lorsqu'il dit, *omnis anima sublimioribus potestatibus subdita sit*, était bien éloigné, en permettant aux veuves de se remarier, de le leur permettre autrement que conformément à la roi romaine, à laquelle elles étaient sujettes. Ce ne sont donc point les mauvaises raisons employées par ces papes dans ces décrétales, qui nous en ont fait admettre la disposition; mais c'est parce que nous avons trouvé qu'il était assez inutile d'obliger une femme à attendre une année pour se remarier, et qu'au contraire il y avait très souvent des cas auxquels une veuve ne pouvait attendre un aussi long temps, sans se causer un grand préjudice; comme lorsqu'une veuve se trouve, à la mort de son mari, chargée d'ur gros labour, ou d'un gros commerce, qu'elle ne peut soutenir sans le secours d'un second mari.

Mais dans les états où la loi civile ne permet aux femmes de passer à un autre mariage qu'après un certain temps, comme dans les états du roi de Prusse, où, par le Code Frédéric, il est défendu aux veuves de se remarier avant un temps de neuf mois écoulé, si ce n'est avec une dispense du roi, une veuve catholique, dans ces états, qui se remarierait avant ce temps, se rendrait coupable, non-seulement dans le for extérieur, mais dans celui de la conscience, et devant Dieu, nonobstant les décrétales ci-dessus citées.

531. Il nous reste à observer, à l'égard des seconds et ultérieurs mariages, que quoique l'église les ait toujours permis, elle les a néanmoins regardés comme défavorables, et suspects du motif d'incontinence; c'est pourquoi on soumettait autrefois à la pénitence les personnes qui les contractaient; Conc. Neocesar., can. 3: *Non quod peccent*, dit Baron, ad ann. 314, n. 91, *sed quod suam incontinentiam manifestent.*

C'est pour cette raison que, selon plusieurs rituels, on ne prononce pas sur les seconds mariages la bénédiction qu'on prononce sur les premiers.

CHAPITRE II.

De l'édit des secondes noces.

532. Le roi François II a fait un édit, qui est du mois de juillet 1560, et qu'on appelle vulgairement l'*Edit des secondes noces.* Cet édit est l'ouvrage du chancelier de l'Hôpital: son objet est de restreindre en faveur des enfants que des femmes ont d'un précédent mariage, les libéralités excessives qu'elles feraient aux hommes qu'elles épousent en second et ultérieurs mariages. Voici

---

[1] *V.* art. 228, C. civ., qui a adopté la règle de droit civil.

Art. 228: « La femme ne peut contracter un nouveau mariage qu'après « dix mois révolus depuis la dissolu« tion du mariage précédent. »

comme s'en explique l'édit dans le préambule : « Comme les femmes veuves « ayant enfans, sont souvent invitées et sollicitées à nouvelles noces, et ne con- « naissant pas être recherchées plus pour leur biens que pour leurs personnes « elles abandonnent leurs biens à leurs nouveaux maris, sous prétexte et fa- « veur du mariage, leur font des donations immenses, mettant en oubli le de- « voir de nature envers leurs enfans, de l'amour desquels tant s'en faut qu'elles « se dussent éloigner par la mort du père, que les voyant destitués du se- « cours et aide de leur père, elles devroient par tous moyens s'exercer à leur « faire double office de père et de mère ; desquelles donations, outre les que- « relles et divisions entre les mari et enfans, s'ensuit la diminution des bon- « nes familles, et conséquemment diminution de la force de l'état public ; à « quoi les empereurs ont voulu pourvoir par plusieurs bonnes lois et consti- « tutions, sur ce par eux faites ; et nous, entendant l'infirmité du sexe, avons « loué et approuvé icelles lois ; et en ce faisant, avons dit et statué, etc. »

Cet édit contient deux chefs ou dispositions.

Nous parlerons du premier chef dans une première section ; — du second dans une seconde.

Nous traiterons dans une troisième, d'une extension que la coutume de Paris et quelques autres ont faite à l'édit.

SECT. I[re]. — DU PREMIER CHEF DE L'ÉDIT DES SECONDES NOCES.

533. Le premier chef de l'édit est conçu en ces termes : « Ordonnons « que les femmes veuves, ayant enfant ou enfans, ou enfans de leur enfans, « si elles passent à nouvelles noces, ne pourront en quelque façon que ce soit, « donner de leurs biens, meubles, acquêts, ou acquis par elles, d'ailleurs que « de leur premier mari, ni moins leurs propres, à leurs nouveaux maris, pè- « re, mère ou enfans desdits maris, ou autres personnes qu'on puisse présu- « mer être par dol ou fraude interposées, plus que l'un de leurs enfans ; et « enfans de leurs enfans ; et s'il se trouve division inégale de leurs biens, « faite entre leurs enfans, ou enfans de leurs enfans, les donations par elles « faites à leurs nouveaux maris, seront réduites et mesurées à la raison de « celui des enfans qui aura le moins. »

Ce premier chef de l'édit est tiré de la loi *Hâc edictali*, 6, Cod. *de Secundis nuptiis : Hâc edictali lege in perpetuum valiturâ sancimus*, disent les empereurs Léon et Anthème, *si ex priore matrimonio procreatis liberis, pater materve ad secunda vel tertia aut ulteriora repetiti matrimonii vota migraverit, non sit ei licitum novercæ vel vitrico.... hæreditatis jure, sive legati, sive fideicommissi titulo plus relinquere, nec dotis aut ante nuptias donationis nomine, seu mortis causâ, habitâ donatione, conferre, nec inter vivos... quàm filio vel filiæ, si unus vel una extiterit. Quòd si plures liberi fuerint, singulis æquas partes habentibus, minimè plus quàm ad unumquemque eorum pervenerit, ad eorum liceat vitricum novercamve transferri ; sin autem non æquis portionibus ad eosdem liberos memoratæ transierint facultates, tunc non liceat plus eorum novercæ vel vitrico relinquere vel donare... quàm filius vel filia habet, cui minor pars data fuerit ; ità tamen ut quarta pars quæ eis liberis debetur, nullo modo minuatur.... quam observationem in personis etiam avi vel aviæ, proavi et proaviæ, nepotum vel neptium, sive ex potestate sint, sive emancipati, ex paternâ vel maternâ lineâ venientibus, custodiri censemus... Sin verò plus quàm statutum est, novercæ vel vitrico relictum vel donatum aut datum fuerit, id quod plus relictum vel donatum aut datum fuerit, tanquam non scriptum neque derelictum, vel donatum aut datum sit, ad personas deferri liberorum, et inter eos dividi jubemus ; omni circumscriptione, si quæ per interpositam personam vel alio quocumque modo fuerit excogitata, cessante.*

Pour l'intelligence de ce premier chef de l'édit, nous verrons dans un pre-

mier article, quelles sont les personnes auxquelles la défense est faite, et quelles sont celles auxquelles il leur est défendu de donner :—dans un second article, quelles donations et quels avantages sont sujets à la réduction de l'édit : —dans un troisième, en quels cas il y a lieu à la réduction ;—et dans un quatrième, quels enfants peuvent demander la réduction.—Dans un cinquième, nous verrons quelles actions ont les enfants pour demander cette réduction :—dans un sixième article, comment et à quel titre se partagent les biens retranchés, et entre quelles personnes.— Nous traiterons dans un septième et dernier article, des donations de parts d'enfants.

ART. Ier. — Quelles sont les personnes auxquelles la défense de l'édit est faite ; quelles sont celles auxquelles il leur est défendu de donner.

§ I. *Quelles sont les personnes auxquelles la défense de l'édit est faite.*

534. Les personnes auxquelles la défense de l'édit est faite, sont les femmes veuves, *ayant enfant ou enfants*, qui se remarient. Il résulte de ces termes, *enfant ou enfants*, que les femmes veuves qui se remarient, sont comprises dans la défense de l'édit, soit qu'elles aient plusieurs enfants de leurs précédents mariages, soit qu'elles en aient seulement un [1].

On ne compte néanmoins que ceux qui sont habiles à succéder. Une femme qui n'a qu'un enfant qui ayant perdu l'état civil, soit par la profession religieuse, soit par une condamnation capitale, est inhabile à lui succéder, est censée n'en avoir aucun, et n'est pas en conséquence comprise dans la défense de l'édit [2].

535. L'édit ajoute, *ou enfants de leurs enfants*. Il résulte de ces termes, que quand même les enfants que la femme qui se remarie aurait eus de ses précédents mariages, seraient tous prédécédés, il suffit qu'il lui reste quelque descendant de quelqu'un desdits enfants, pour qu'elle soit comprise dans la défense de l'édit [3].

536. *Quid*, si la femme qui se remarie n'avait aucun enfant, ni enfant de ses enfants, mais qu'elle, ou quelqu'une de ses brus, fût grosse d'un posthume qui naquît par la suite ?—Suivant la maxime du droit, *Qui in utero est, pro jam nato habetur, quoties de commodo ejus agitur ;* L. 7, ff. *de Stat. hom.* L. 231, ff. *de Verb. sign.* ; le posthume dont cette femme ou sa bru était grosse, est censé avoir déjà été au monde, lorsqu'elle s'est remariée : elle est censée avoir eu dès ce temps cet enfant ou petit-enfant, et par conséquent elle est comprise dans les termes de l'édit, *femmes veuves ayant enfant, ou enfants de leurs enfants* [4].

537. Un homme veuf qui se remarie ayant quelque enfant ou petit-enfant de ses précédents mariages, est-il censé compris dans la défense portée par

---

[1] L'article 1098 dit : « L'homme ou « la femme qui ayant des enfants d'un « autre lit, contractera un second ou « subséquent mariage, ne pourra don- « ner à son nouvel époux qu'une part « d'enfant légitime le moins prenant, « et sans que dans aucun cas, ces do- « nations puissent excéder le quart des « biens. »

[2] Le mort civilement ne peut pas compter comme enfant.

[3] Le mot *enfants* comprend évidemment les *descendants*, comme au cas de l'article 914, C. civ.

Art. 914 : « Sont compris dans l'ar- « ticle précédent (913, qui règle la ré- « serve légale des enfants), sous le nom « d'enfants, les descendants en quelque « degré que ce soit ; néanmoins ils ne « sont comptés que pour l'enfant qu'ils « représentent dans la succession du « disposant. »

[4] Il faut admettre la même décision sous l'empire du Code.

ce premier chef de l'édit?—La raison de douter, était que l'édit étant une loi qu' contient des peines, et qui restreint la liberté naturelle, est, dit-on, une loi pénale, qui n'est pas par conséquent de nature à recevoir extension : l'édit n'ayant parlé dans ce premier chef, que *des femmes*, il ne doit pas, dira-t-on, être étendu aux hommes, d'autant plus que dans le préambule, le législateur, par ces termes, *nous, entendant l'infirmité du sexe*, se fonde sur une raison qui est particulière aux femmes. Enfin l'édit ayant expressément compris les *hommes* dans le second chef de ses dispositions, et au contraire n'ayant, dans ce premier chef, parlé que des *femmes*, il semble que le législateur n'ait pas voulu y comprendre les hommes, puisque s'il eût voulu les y comprendre, il s'en serait expliqué, comme il a fait dans le second chef.

Nonobstant ces raisons, les arrêts rapportés par Chopin, Mornac et Bacquet, ont jugé que le premier chef de l'édit avait lieu à l'égard des hommes qui se remarient, de même qu'à l'égard des femmes, et cela n'est plus révoqué en doute. La raison est qu'on ne doit pas regarder cet édit comme une loi pénale, et non susceptible d'extension, mais au contraire comme une loi très favorable, suivant qu'il paraît par les motifs qui sont expliqués dans le préambule de l'édit, motifs qui, convenant aux hommes qui se remarient, aussi bien qu'aux femmes, doivent faire étendre la loi aux hommes. D'ailleurs dans le préambule de l'édit, le législateur dit qu'il l'a fait en approuvant et adoptant les constitutions des empereurs romains faites sur cette matière: or la loi *Hâc edictali*, des empereurs Léon et Anthème, que nous avons ci-dessus rapportée, et d'où est tiré le premier chef de l'édit, comprend expressément dans sa disposition l'homme qui se remarie [1].

§ II. *Quelles sont les personnes auxquelles l'édit défend de donner.*

538. L'édit défend aux femmes qui se remarient ayant quelque enfant ou petit-enfant de leurs précédents mariages, de donner aux hommes qu'elles épousent en second ou ultérieur mariage, plus que ce qui est porté par l'édit; et il est pareillement censé défendre aux hommes qui se remarient, ayant quelque enfant de leur précédent mariage, de donner aux femmes qu'ils épousent en second ou ultérieur mariage, plus que ce qui est porté par l'édit [2].

Lorsqu'une femme ayant un ou plusieurs enfants d'un premier mariage, épouse successivement plusieurs maris en second, troisième ou ultérieurs mariages; ou lorsqu'un homme, ayant un ou plusieurs enfants d'un premier mariage, épouse successivement plusieurs femmes en second, troisième ou ultérieurs mariages, ce n'est pas à chacun des maris que cette femme a épousés successivement en second, troisième et ultérieurs mariages, ni à aucune des femmes que cet homme a épousées successivement en second, troisième et ultérieurs mariages; mais c'est à tous les seconds et ultérieurs maris ensemble, ou à toutes les secondes et ultérieures femmes ensemble, qu'il est défendu de donner plus que la valeur de la part de l'enfant le moins prenant; de manière que lorsqu'une femme a donné à son second mari, elle ne peut donner au troisième que ce qu'elle a donné de moins au second, que la valeur du mon-

---

[1] Le Code ne laisse plus de doute à cet égard : « *L'homme* ou la *femme* « qui contractera un second ou subséquent mariage, ne pourra donner *à* « *son nouvel époux*, etc. » Art. 1098. *V*. p. 247, note 1.

[2] *V*. la note précédente.

[3] C'est ce que le Code nous paraît avoir reproduit par ces expressions : « qu'une part d'enfant légitime le moins « prenant, et sans que, dans aucun « cas, ces donations puissent excéder « le quart des biens » c'est-à-dire chaque conjoint successif a la capacité de recevoir une part d'enfant : mais ces donations successivement faites ne peuvent distraire du patrimoine du donateur que le quart au plus.

tant de la part de l'enfant le moins prenant; et si elle a déjà donné au second mari la valeur entière du montant de cette part, elle ne peut plus rien donner au troisième : et il en est de même de l'homme qui a donné à sa seconde femme; il ne peut rien donner à la troisième, qu'autant que ce qu'il a donné à la seconde serait au-dessous de la valeur du montant de la portion de l'enfant le moins prenant.

539. Ce n'est pas seulement au second et aux ultérieurs maris que l'édit défend de donner; il ajoute, *père, mère ou enfants desdits maris, ou autres personnes qu'on puisse présumer être par dol ou fraude interposées*[1].

C'est avec raison que l'édit défend de donner aux père et mère des seconds et ultérieurs maris; car autrement l'édit ne manquerait pas d'être éludé ; les seconds et ultérieurs maris feraient donner à leurs père et mère ce qu'ils ne pourraient se faire donner à eux-mêmes. D'ailleurs ce qui est donné à leurs père et mère, leur est censé donné indirectement, puisque devant, selon l'ordre de la nature, succéder aux biens de leurs père et mère, ils le retrouveraient un jour dans leur succession.

L'édit, sous les termes de *père et mère*, est-il censé avoir compris tous les parents de la ligne directe ascendante? Je le crois. Cet édit, qui a pour objet de conserver à des enfants la succession de leur mère, est très favorable; et les mêmes raisons qui ont fait comprendre dans la prohibition de l'édit les père et mère, militent également à l'égard des autres parents de la ligne ascendante. Dans ces cas, tous les parents de la ligne directe ascendante sont censés compris sous les termes de *père et mère ; patris nomine, avus quoque demonstrari intelligitur ;* L. 201, ff. *de Verb. sign. Appellatione* PARENTIS *non tantùm pater, sed etiam avus et proavus, et deinceps omnes superiores continentur.* L. 51, ff. *eod. tit.*

540. C'est aussi avec raison que l'édit comprend dans sa prohibition les enfants des seconds et ultérieurs maris; sans cela la disposition de l'édit serait éludée : les seconds et ultérieurs maris feraient donner à leurs enfants ce qu'ils ne pourraient se faire donner à eux-mêmes. La tendresse paternelle leur fait réputer donné à eux-mêmes ce qui est donné à leurs enfants : *Quod donatur filio, videtur donatum patri.*

L'édit, sous le terme d'*enfants*, comprend aussi les *petits-enfants*, et *toute la ligne directe descendante.*

Ce sont proprement les enfants que les seconds ou ultérieurs maris ont de leurs précédents mariages, qui sont compris dans la prohibition de l'édit. A l'égard des enfants communs de la femme qui s'est remariée, et de son second mari, ces enfants étant les enfants de la donatrice, ont par eux-mêmes une qualité qui leur peut faire mériter l'affection de leur mère.

Cela doit surtout avoir lieu, lorsque la donation ne leur a été faite que depuis qu'elle les a mis au monde. Il y a plus de difficulté lorsque la femme a fait cette donation par son contrat de mariage avec le second mari, aux enfants qui naîtraient de leur mariage [2]. Il est difficile de ne pas penser, en ce cas,

---

[1] *V.* art. 1100, C. civ.

Art. 1100 : « Seront réputées faites « à personnes interposées, les dona- « tions de l'un des époux aux en- « fants ou à l'un des enfants de l'autre « époux issus d'un autre mariage, et « celles faites par le donateur aux pa- « rents dont l'autre époux sera héritier « présomptif au jour de la donation, « encore que ce dernier n'ait point « survécu à son parent donataire. »

[2] Cela ne peut avoir lieu aujourd'hui (art. 906, C. civ.).

Art. 906 : « Pour être capable de « recevoir entre-vifs, il suffit d'être « conçu au moment de la donation. — « Pour être capable de recevoir par « testament, il suffit d'être conçu à l'é- « poque du décès du testateur.—Néan- « moins la donation ou le testament « n'auront leur effet qu'autant que « l'enfant sera né viable. »

qu'elle est faite plutôt en considération du second mari, que des enfants à naître de ce mariage, qui n'ont guère pu, avant qu'ils fussent au monde, mériter l'affection de la donatrice. Néanmoins les arrêtistes rapportent plusieurs arrêts qui ont jugé valables et non sujettes à l'édit, ces donations faites aux enfants à naître du second mariage ; *V.* Denisart, sur le mot *Noces* (n[os] 20 et suivants, arrêts des 29 avril 1719, 11 ou 12 août 1740, 7 septembre 1673).

541. Les donations faites aux père et mère et aux enfants que les seconds et ultérieurs maris ont de leurs précédents mariages, n'ont été comprises dans la prohibition de l'édit que parce qu'elles sont présumées faites en considération des seconds et ultérieurs maris; c'est pourquoi elles ne doivent y être censées comprises que lorsqu'elles leur sont faites du vivant desdits seconds et ultérieurs maris. Mais si une femme, après la mort de son second mari, faisait quelque donation à quelqu'un des père, mère ou des enfants de ce second mari; comme la donation ne pourrait en ce cas être censée faite en considération du second mari, qui n'existait plus, elle serait valable, et ne serait pas sujette à être réduite.

542. L'édit ajoute, *et autres personnes qu'on puisse présumer être par dol ou fraude interposées.*

Observez une différence entre ces *autres personnes* dont parle ici l'édit, et les père, mère et enfants des seconds et ultérieurs maris, dont il a parlé auparavant. Les donations faites à ceux-ci sont présumées faites en considération des seconds et ultérieurs maris, et en conséquence sujettes à la réduction de l'édit, par cela seul qu'ils sont parents en ligne directe descendante ou ascendante desdits seconds et ultérieurs maris; mais les donations faites *aux autres personnes*, n'y sont sujettes qu'autant que les enfants qui les attaqueraient, établiraient par des preuves, ou par des présomptions assez fortes pour équipoller à des preuves, que ces personnes ont été interposées par le second mari pour recevoir à sa place la donation, et la lui faire passer.

On peut alléguer pour exemple d'une présomption que le donataire serait une personne interposée par le second mari, si la personne à qui la donation a été faite, proche parente du second mari, ne demeurait pas sur le lieu, et était entièrement inconnue à la donatrice[1].

Les enfants qui soupçonnent que la personne à qui leur mère a fait la donation, est une personne interposée par le second mari, peuvent, à défaut de preuves, déférer sur ce fait, au donataire, le serment décisoire.

543. Tout ce que nous avons dit des donations faites par une femme qui s'est remariée, aux père, mère ou enfants de son second ou ultérieur mari, ou à d'autres personnes par lui interposées, reçoit application à celles faites par un homme qui se remarie, aux père, mère et enfants de ses secondes et ultérieures femmes, et aux personnes par elles interposées.

ART. II. — Quels sont les dons et avantages sujets à la réduction de l'édit.

544. Tous les dons et avantages qu'une femme fait à ses second et ultérieurs maris, ou un homme à ses secondes et ultérieures femmes, sont sujets à la réduction de l'édit : les donations rémunératoires y sont sujettes aussi bien que les donations simples, quelque grands et signalés que soient les services,

---

[1] *V.* art. 1099, C. civ., qui établit la même règle.

Art. 1099 : « Les époux ne pourront « se donner indirectement au delà de « ce qui leur est permis par les dispo- « sitions ci-dessus. — Toute donation, « ou déguisée, ou faite à personnes in- « terposées, sera nulle. »

lorsque ce sont des services qui par leur nature, ou par la qualité de la personne qui les a rendus, ne sont pas appréciables à prix d'argent.

Lorsque les services en récompense desquels la dontaion a été faite, sont appréciables à prix d'argent, et tels que le donataire qui les a rendus, aurait pu avoir action en justice pour en demander le paiement, la donation n'est en ce cas donation, ni par conséquent sujette à la réduction de l'édit, que jusqu'à concurrence de ce dont la valeur des choses données excède la valeur du prix des services en récompense desquels la donation a été faite. Si le prix des choses données n'excédait pas le prix des services, ce ne serait pas une donation, mais une simple dation en paiement.

545. Les donations onéreuses sont sujettes à la réduction de l'édit, aussi bien que les donations simples, lorsque les charges imposées par la donation au donataire, sont des charges qui ne sont pas appréciables à prix d'argent.

Par exemple, si une femme de condition avait fait une donation à son second mari, à la charge qu'il porterait son nom, cette charge n'étant pas appréciable à prix d'argent n'empêcherait pas la donation d'être sujette à la réduction de l'édit.

Mais lorsque les charges imposées au donataire, sont des charges appréciables à prix d'argent, la donation onéreuse n'est donation, et n'est sujette à la réduction portée par l'édit, qu'autant et jusques à concurrence de ce dont la valeur des choses données excède le prix des charges: mais jusqu'à concurrence des charges, c'est le contrat *do ut des*, ou *do ut facias*, plutôt qu'une donation.

Il n'en est pas de même d'un legs fait par une femme à son second mari, *aut vice versâ*, dans les provinces où les lois permettent aux conjoints de se donner par testament. Si le legs impose au légataire des charges appréciables à prix d'argent, il n'est libéralité, et sujet à la réduction de l'édit, qu'autant et jusqu'à concurrence de ce dont la valeur des choses léguées excédait le prix des charges : jusqu'à concurrence du prix des charges, c'est moins un legs fait au légataire, qu'une exécution testamentaire desdites charges, qui lui est confiée.

546. Les donations qu'une femme fait à son second mari, *aut vice versâ*, sont-elles sujettes à la réduction de l'édit, lorsqu'elles sont mutuelles et égales, tant par rapport à la valeur des biens donnés réciproquement, que par rapport au risque que la donation renferme, les personnes qui se sont fait la donation mutuelle, étant d'un âge à peu près égal, et d'un aussi bon tempérament l'une que l'autre ?— La raison de douter, est qu'il semble que ces donations ne sont pas tant des donations que des espèces de contrats intéressés de part et d'autre, de la classe des contrats aléatoires. La femme, en faisant à son second mari une telle donation reçoit de lui l'équivalent de ce qu'elle lui donne. Si elle lui donne l'espérance de recueillir les biens compris dans la donation qu'elle lui fait, dans le cas où il lui survivrait, elle reçoit de lui l'équivalent, par une espérance d'égale valeur qu'il lui donne, de son côté, de recueillir les biens compris dans la sienne, dans le cas où elle lui survivrait. On peut aussi, par la même raison, dire que la femme, par une telle donation, ne fait aucun tort aux enfants de son premier mariage : car si par cette donation ils courent le risque de trouver la succession de leur mère diminuée de ce qui est compris dans sa donation, dans le cas auquel elle prédécéderait son second mari, ils en sont indemnisés par l'espérance qu'ils acquièrent, par cette donation, de trouver la succession de leur mère, au cas qu'elle ait survécu à son mari, augmentée d'autant qu'elle eût été diminuée, si elle eût prédécédé. Cette espérance qu'ils acquièrent étant d'un prix égal au prix du risque, compense ce risque, et en indemnise les enfants.

Nonobstant ces raisons, la jurisprudence est constante : que les donations mutuelles, quelque égales qu'on les suppose, ne sont pas moins sujettes à la

réduction de l'édit, que les donations simples.—Ricard rapporte un arrêt célèbre du 23 mai 1586, prononcé en robes rouges, par le président Brisson, qui l'a jugé; et depuis on n'en a plus douté. La décision de cet arrêt est conforme à la lettre et à l'esprit de l'édit (Ricard, *des Donations*, 3e part., ch. 9, sect. 13, gl. 2).

1° Elle est conforme à la lettre de l'édit. Il y est dit, *ne pourront, en quelque façon que ce soit, donner*, etc. Ces termes renferment toutes les donations, de quelque espèce qu'elles soient, et par conséquent les mutuelles aussi bien que les simples. Il est faux que les donations mutuelles que des futurs époux se font, quelque égales qu'elles soient, ne soient pas de véritables donations: l'intention des parties leur en donne le caractère, et les distingue des contrats aléatoires. C'est l'affection réciproque que les parties ont l'une pour l'autre c'est le bien qu'elles se veulent l'une à l'autre, qui les porte à se faire mutuellement ces donations. Cette intention de bienfaisance donne à ces donations, *ad quas se mutuis affectionis provocaverunt*, le caractère de donation, et les distingue des contrats aléatoires [1].

2° La décision de l'arrêt est conforme à l'esprit de l'édit. Le motif de l'édit, suivant qu'il paraît par le préambule, a été d'empêcher que les enfants des précédents mariages ne fussent exposés à être réduits à la pauvreté par les donations de leur mère; d'où s'ensuit, dit l'édit, la diminution des bonnes familles. Or, ils y seraient exposés par les donations mutuelles, dans le cas où leur mère prédécéderait, ce que l'édit a voulu empêcher. C'est une mauvaise raison, de dire que les enfants sont dédommagés du risque qu'ils courent de perdre ce que leur mère a donné, si elle prédécède, par l'espérance d'en gagner autant, si elle survit. Tout le monde condamne l'imprudence des gros joueurs, qui exposent au hasard du jeu les biens qui leur sont nécessaires pour leur subsistance, quoiqu'en jouant ils aient l'espérance de gagner autant que ce qu'ils risquent de perdre : par la même raison, on doit condamner et réprimer l'imprudence d'une mère qui, par ces donations mutuelles, expose les enfants de son précédent mariage à être réduits à l'indigence, nonobstant l'espérance qu'elle leur procure de gagner autant que ce qu'ils courent risque de perdre.

547. Les donations qu'une femme fait à son second mari, ou qu'un homme fait à sa seconde femme, sont sujettes à la réduction de l'édit, soit qu'elles aient été faites entre-vifs, soit qu'elles aient été faites par testament, dans les provinces où les lois permettent à des conjoints de se donner par testament [2].

548. Elles y sont sujettes, soit qu'elles aient été faites durant le mariage, dans les provinces où les lois le permettent; soit qu'elles aient été faites avant le mariage, par le contrat du second mariage.

Si une veuve a fait une donation entre-vifs à un homme qu'elle a depuis épousé en secondes noces, quoique par l'acte de donation il ne fût fait aucune mention du mariage qu'ils ont depuis contracté, on doit présumer facilement qu'elle a été faite en considération du futur mariage; et elle est en conséquence sujette à la réduction de l'édit : sans cela il y aurait une voie ouverte pour éluder l'édit.

Mais lorsque les circonstances résistent absolument à cette présomption; *putà*, s'il s'était écoulé un temps très considérable entre la donation et le

---

[1] Pothier a grandement raison dans cette occasion, mais pourquoi donc raisonne-t-il si différemment quand il s'agit de la révocation de donation mutuelle, pour cause de survenance d'enfant : il veut alors que les donations aient été cause l'une de l'autre, comme dans un contrat *do ut des*.

[2] Quoique l'art. 1098 C. civ. (*V.* ci-dessus, p. 247, note 1), ne parle que de la donation, il faut l'appliquer aux legs.

mariage que la donatrice a contracté avec le donataire, et que dans le temps intermédiaire, la veuve donatrice eût, depuis la donation, contracté un second mariage avec un autre, après la dissolution duquel elle aurait épousé en troisièmes noces le donataire, je pense que la donation ne doit pas en ce cas être sujette à la réduction de l'édit. Ayant été faite sans aucune vue de mariage, et à un donataire que la donatrice ne regardait pas alors comme son futur mari, elle a acquis à ce donataire un droit irrévocable dans les choses comprises dans la donation qui lui a été faite, dont le mariage qu'il a contracté depuis avec la donatrice, ne doit pas le dépouiller.

549. Non-seulement les donations formelles sont sujettes à la réduction de l'édit, mais encore les avantages qui se trouvent renfermés dans des conventions ordinaires de mariage y sont sujets. Par exemple, quoique la convention de *préciput* soit une convention ordinaire de mariage, néanmoins, lorsqu'on est convenu par le contrat de mariage d'une veuve avec son mari, que le survivant aurait par préciput, *putà*, une somme de 3,000 liv. et que le second mari survit, cette convention, en cas d'acceptation de la communauté par les enfants, renferme un avantage au profit du second mari survivant, de la moitié de la somme convenue pour le préciput; et cet avantage est sujet à la réduction de l'édit, si la portion de l'enfant moins prenant montait à moins que la somme de 1,500 liv. moitié du préciput.

Par la même raison, si le contrat de mariage où se trouve cette convention de préciput, portait aussi une donation de part d'enfant au profit du second mari, le second mari ayant, par la part d'enfant qui lui est donnée, tout ce qu'il est permis à la femme de lui donner, il ne peut plus avoir de préciput.

Si les enfants héritiers de leur mère renonçaient à la communauté, tous les biens de la communauté appartenant de droit en ce cas au mari, il n'y aurait pas lieu au préciput, qui se prend sur les biens de la communauté; et la convention de préciput devenant sans effet ne formerait aucun avantage au profit du second mari.

Lorsque c'est un homme veuf qui a épousé une seconde femme, laquelle a survécu, la convention de préciput forme pareillement au profit de cette seconde femme qui accepte la communauté, un avantage de la moitié de la somme convenue pour le préciput du survivant; et si cette femme survivante renonce à la communauté, et qu'il y ait clause « qu'elle aura son préciput, même en cas de renonciation à la communauté,» la convention de préciput forme en ce cas au profit de la seconde femme, un avantage de toute la somme convenue pour le préciput; et en l'un et en l'autre cas, l'avantage est sujet à la réduction de l'édit [1].

---

[1] *V.* art. 1527, C. civ.

Art. 1527 : « Ce qui est dit aux huit « sections ci-dessus (art. 1041 à 1526, « concernant la communauté), ne limite « pas à leurs dispositions précises les « stipulations dont est susceptible la « communauté conventionnelle.—Les « époux peuvent faire toutes autres « conventions, ainsi qu'il est dit à « l'article 1387, et sauf les modifica- « tions portées par les art. 1388, 1389 « et 1390 (indiquant les principes d'or- « dre public auxquels il n'est pas per- « mis de porter atteinte).—Néanmoins, « dans le cas où il y aurait des enfants « d'un précédent mariage, toute con- « vention qui tendrait dans ses effets à « donner à l'un des époux au delà de « la portion réglée par l'art. 1098, au « titre *des Donations entre-vifs et des* « *Testaments* (*V.* ci-dessus, p. 247, « note 1), sera sans effet pour tout l'ex- « cédant de cette portion; mais les « simples bénéfices résultant des tra- « vaux communs et des économies « faites sur les revenus respectifs, « quoique inégaux, des deux époux, ne « sont pas considérés comme un avan- « tage fait au préjudice des enfants du « premier lit. »

550. La communauté de biens qui est établie entre une veuve et son second mari, est une espèce de contrat de société, qui ne renferme aucun avantage au profit du second mari, lorsqu'il a apporté autant que sa femme; mais lorsque l'apport est inégal, et que la veuve a apporté plus que n'a apporté le second mari; *putà*, si la femme a apporté 4,000 liv. en communauté, et que le second mari n'en ait apporté que 1,000; cette inégalité forme, au profit du second mari, un avantage sujet à la réduction de l'édit : cet avantage est de la moitié de ce que la femme a apporté de plus que lui. Lorsque les enfants acceptent la communauté, et lorsqu'ils y renoncent, et qu'il n'y a pas de clause au contrat de mariage, qui leur accorde la reprise de la part de leur mère, l'avantage est du total de ce que la femme a apporté de plus que lui. Par exemple, dans l'espèce proposée, où la femme a apporté 3,000 livres de plus que son second mari, l'avantage, en cas d'acceptation de la communauté, sera de 1,500 liv.; et en cas de rénonciation, de 3,000 liv. C'est pourquoi, si dans le cas de l'acceptation, la part de l'enfant qui est le moins prenant, se trouve moindre de 1,500 livres; et si, dans le cas de renonciation, elle se trouve moindre de 3,000 livres, il y aura en l'un et en l'autre cas lieu à la réduction de l'édit.

Par la même raison, si le contrat du second mariage, outre l'avantage qui résulte de l'inégalité de l'apport, contenait une donation de part d'enfant, faite par la femme à son second mari, le second mari, qui par la donation de part d'enfant, reçoit tout ce qu'il est permis à la femme de lui donner, ne doit profiter en rien de ce que la femme a apporté de plus que lui : c'est pourquoi au partage de la communauté, les enfants doivent, avant partage, prélever tout ce que leur mère a apporté à la communauté de plus que lui, de la même manière que si elle se l'était réservé propre. Par exemple, dans l'espèce proposée, ils doivent, au partage de la communauté, prélever avant partage la somme de 3,000 livres; et s'ils avaient déjà fait partage de la communauté sans faire ce prélèvement, les enfants, ayant touché par ce partage la moitié de la somme de 3,000 livres qu'ils avaient droit de prélever, en doivent faire confusion sur eux : le second mari est débiteur envers eux de 1,500 livres pour l'autre moitié de ce prélèvement qu'ils avaient droit de faire; et cette somme de 1,500 livres que le second mari doit aux enfants, lui doit être précomptée sur sa part d'enfant, qu'il a droit de prendre dans la part échue aux enfants par le partage de la communauté.

Lorsque c'est un homme qui, par le contrat de mariage avec une seconde femme, a apporté plus qu'elle en communauté, c'est pareillement un avantage qu'il fait à sa seconde femme de la moitié de la somme qu'il a apportée de plus qu'elle en communauté, lorsque cette seconde femme accepte la communauté : si elle y renonce, l'avantage disparaît [1].

551. Dans la communauté légale, qui a lieu lorsque les parties ne se sont pas expliquées sur la communauté, ou lorsqu'il n'y a pas du tout de contrat de mariage, si le mobilier de la femme, qui est entré dans cette communauté légale, était beaucoup plus considérable que celui du second mari, cette inégalité serait-elle censée faire un avantage au profit du second mari, sujet à la réduction de l'édit, de même que l'inégalité d'apport qui se trouve dans la

---

[1] *V*. art. 1496, C. civ.

Art. 1496 : « Tout ce qui est dit ci-« dessus, sera observé même lorsque « l'un des époux ou tous deux auront « des enfants de précédents mariages. « —Si toutefois la confusion du mobi-« lier et des dettes opérait, au profit « de l'un des époux, un avantage su-« périeur à celui qui est autorisé par « l'art. 1098, au titre *des Donations* « *entre-vifs et des Testaments* (*V*. ci-« dessus, p. 247, note 1), les en-« fants du premier lit de l'autre époux « auront l'action en retranchement. »

communauté conventionnelle ?—On dit en faveur du second mari : C'est la loi qui fait tomber dans la communauté légale tout le mobilier de chacune des parties; si le mari ressent un avantage de ce que sa femme en avait plus que lui, et de ce qu'il en est entré plus de la part de sa femme que de la sienne, il tient cet avantage de la loi qui l'y a fait entrer, et non de sa femme, avec qui il n'a eu à cet égard aucune convention : cet avantage n'est donc pas en cela un avantage que lui fait sa femme ; il n'est donc pas sujet à la réduction de l'édit.

Nonobstant ce raisonnement, il est constant dans l'usage, qu'il y est sujet, de même que celui qui résulte de l'inégalité des apports dans le cas de la communauté conventionnelle. Il est faux que dans le cas de la communauté légale, le second mari ne tienne pas cet avantage de sa femme, mais seulement de la loi. Suivant les principes de Dumoulin, que nous rapporterons dans le préliminaire de notre *Traité de la Communauté*, lorsque les parties n'ont pas fait de contrat de mariage, ou ne se sont pas expliquées sur la communauté dans celui qu'elles ont fait, elles sont censées être tacitement, ou du moins virtuellement convenues de tout ce qu'il est d'usage de convenir dans la province; et par conséquent dans les provinces dont la loi admet la communauté entre mari et femme, sans qu'elle ait été expressément stipulée, elles sont censées tacitement, ou du moins virtuellement convenues d'établir cette communauté, et de la composer de toutes les choses dont cette loi déclare qu'elle est composée. Lorsque les parties ne s'en sont pas expliquées, la communauté est en ce cas appelée *légale,* parce que les parties s'en sont en ce cas rapportées à la loi sur la communauté qu'elles ont voulu établir, et sur les choses dont elles ont voulu qu'elle fût composée; mais ce n'est pas la loi *immediatè* et *per se* qui y fait tomber en ce cas les choses qui y tombent; c'est la condition tacite ou virtuelle, intervenue entre les parties, par laquelle elles sont censées être convenues qu'elles y tombassent, qui les y fait tomber. L'avantage que le second mari ressent de ce qu'il y est tombé de la part de sa femme plus qu'il n'en est tombé de la sienne, est donc un avantage qu'il tient de la convention tacite ou virtuelle qu'il est censé avoir eue avec sa femme, et par conséquent qu'il tient de sa femme. Sa femme, en ne se réservant pas propre, comme elle le pouvait, et en laissant tomber à dessein dans la communauté ce qu'elle avait de plus en mobilier que son second mari, est censée lui avoir fait en cela le même avantage que celui qui est fait dans le cas d'une communauté conventionnelle à un second mari, lorsque la femme y apporte plus que lui; et il est également sujet à la réduction de l'édit.

Denisart, sur le mot *Noces* (n° 27), rapporte un arrêt du 29 janvier 1658, qui a jugé suivant ces principes.

552. Lorsque le second mari a un talent et une profession lucrative qui a produit beaucoup à la communauté, est-il fondé à prétendre que ce qu'il apporte en talent, supplée à ce qu'il a apporté en biens de moins que la femme, et qu'en conséquence ce que la femme a apporté en biens de plus que le second mari, ne doit pas être censé un avantage fait à ce second mari, lequel, par son talent qu'il apporte à la communauté, fournit l'équivalent de ce que sa femme a apporté, et même souvent plus?

On peut dire en faveur de la prétention du second mari, que selon les règles du contrat de société, l'industrie que l'un des associés apporte à une société, lorsqu'elle est appréciable, peut être l'équivalent de ce que l'autre associé y a apporté de plus en biens : *Societas* (universorum bonorum) *coiri potest etiam inter eos qui non sunt æquis facultatibus, quum plerumquè pauperior operâ suppleat, quantùm patrimonii deest;* L. 5, § 1, ff. *Pro soc.* Il semble que suivant ce principe, une femme ne doit être censée avoir fait aucun avantage à son second mari, en apportant une plus grande quantité de biens que lui à la communauté, lorsque l'industrie que le mari a

apportée, supplée à ce qu'il y apporte de moins, et est un juste équivalent de ce que la femme a apporté de plus.—Je pense que le principe, quoique vrai dans la théorie, ne doit pas ordinairement, dans la pratique, être appliqué à l'espèce de cette question; 1° parce que l'estimation de cette industrie du second mari est quelque chose de trop arbitraire et de trop difficile; 2° parce que la femme apporte de son côté une espèce d'industrie qui profite souvent plus à la communauté que l'industrie de son second mari : c'est sur elle que tombe tout le soin du ménage, pendant que le mari est occupé de son art ou de sa profession; et souvent ce soin qu'une femme apporte à son ménage enrichit plus la communauté que les gains que fait dans l'exercice de son art ou de sa profession le second mari, qui très souvent les dépense aussi facilement qu'il les fait. L'industrie du second mari étant donc compensée avec celle de sa femme, elle ne peut plus servir d'équivalent à ce que la femme a apporté de plus que lui en biens.

Néanmoins si les gains que le second mari a coutume de retirer annuellement de sa profession, étaient si immenses, qu'ils montassent pour une seule année à une plus grosse somme que celle que la femme a apportée de plus que lui, et que la communauté se fût trouvée considérablement enrichie de ces gains, les enfants auraient en ce cas mauvaise grâce à opposer au second mari, que leur mère aurait fait un apport à la communauté plus considérable que le sien.

Le second mari n'est censé avantagé que de ce que la femme a apporté de plus que lui en principal; ce que la femme apporte de plus en revenus, n'est pas réputé un avantage prohibé et réductible qu'elle fasse à son second mari : c'est pourquoi, si une femme qui a, par exemple, 10,000 livres de revenus, s'est remariée à un homme qui n'en a pas la dixième partie, et a contracté avec lui communauté de biens, dans laquelle entreront ses revenus pendant tout le temps qu'elle durera, Ricard (3e part., ch. 9, gl. 2, n° 1211) décide qu'en ce cas, quoique le second mari profite des revenus de la femme, néanmoins cette communauté n'est point réputée un avantage qui puisse être réductible suivant l'édit. Ricard cite pour son avis, un arrêt rapporté par Henrys, tom. 2, liv. 4, ch. 6, quest. 58, qui a jugé que, même dans le pays de droit écrit, où la communauté n'a pas lieu, si elle n'est stipulée, la communauté qui avait été stipulée par le contrat de mariage d'une femme avec son second mari, ne pouvait être attaquée comme un avantage fait au second mari : à plus forte raison doit-on le juger dans le pays coutumier, où la communauté est de droit. L'avis de Ricard est suivi dans l'usage[1].

553. Lorsqu'il est échu à une femme des successions mobilières pendant sa communauté avec son second mari, la femme qui aurait pu, par une clause de son contrat de mariage, se réserver propres ces successions, et qui ne l'a pas fait, est-elle censée, en ne le faisant pas, avoir fait en cela à son second mari un avantage sujet à la réduction de l'édit?—Il y a une grande différence entre ce défaut de réserve des successions mobilières, et le défaut de réserve de ce qu'elle avait, lors de son mariage, de plus en mobilier que le second mari. Ce qu'elle avait alors de plus en mobilier que son second mari, était quelque chose de certain et de déterminé, dont, par le défaut de réserve de propre, elle se dépouillait pour le mettre en communauté : elle en avantage son second mari, puisqu'il acquiert, à titre lucratif, au moins une partie dans cet excédant de mobilier, sans avoir de sa part rien conféré à la place.

Il n'en est pas de même du défaut de réserve des successions. Ce que la femme a manqué de se réserver, en ne stipulant pas par le contrat de son second mariage, *que les successions seraient propres*, n'était pas, comme dans l'espèce précédente, quelque chose qu'elle eût alors, et dont elle se soit

---

[1] Art. 1527, *in fine*, C. civ. (*V.* ci-dessus, p. 253, note 1.)

dépouillée pour en avantager son second mari : ce n'était rien de certain ; cela ne consistait qu'en des espérances incertaines. Il était incertain alors si elle aurait des successions mobilières pendant son mariage, et si elle en aurait plus que son mari, qui en pouvait avoir aussi : elle ne doit donc pas être censée avoir, par le défaut de réserve des successions, voulu faire un avantage à son second mari, mais plutôt avoir laissé aller le cours naturel de la loi de la communauté conjugale, suivant laquelle tout le mobilier qui advient à chacun des conjoints pendant que cette communauté dure, y tombe.

Bretonnier, dans ses Observations sur Henrys, t. 2, liv. 4, ch. 6, quest. 58, rapporte un arrêt du 25 juin 1703, lequel, sur un appel du bailliage de Sens, a jugé, conformément à ces principes, que les enfants d'un premier mariage n'étaient pas fondés à réputer pour avantage fait par leur mère à leur beau-père, la part qu'il avait eue dans le mobilier d'une succession échue à leur mère durant le second mariage.

Cela doit-il avoir lieu, même dans le cas auquel le second mari n'aurait de sa part aucunes successions à espérer, *putà*, s'il était bâtard ?—Je pense qu'il faudrait décider de même : s'il ne peut rien venir en ce cas au second mari à titre de succession, il peut lui venir quelque chose à titre de donation ou de legs [1].

554. Mais si le second mari avait réservé propres ses successions à venir, et que la femme n'eût pas réservé les siennes, le défaut de réserve en ce cas renfermant une inégalité affectée, devrait passer pour un avantage.

555. *Quid*, de la clause par laquelle on convient dans le contrat du second mariage, « que les successions de part et d'autre tomberont en communauté, tant pour le mobilier que pour l'immobilier? »

Les parties, en s'écartant par cette clause, de la loi de la communauté conjugale, qui ne fait pas tomber dans cette communauté les immeubles qui adviennent aux conjoints par succession, ne peuvent pas paraître avoir d'autres vues que celle de s'avantager réciproquement. Chacun des conjoints, en convenant que les immeubles de succession qui lui écherront, tomberont en communauté, a une volonté formelle de donner à l'autre une part dans lesdits immeubles : la part que le second mari a, en vertu de cette clause, dans les immeubles des successions échues à sa femme, est donc un avantage que lui a fait sa femme, lequel par conséquent est sujet à la réduction de l'édit.

En vain opposerait-il pour s'en défendre, que par cette clause sa femme ne lui a donné qu'une espérance à ces successions immobilières, à la place de laquelle il donnait, de son côté, à sa femme pareille espérance aux immeubles des successions qui pouvaient pareillement lui échoir. La réponse est, que les donations, quoiqu'en espérance, lorsque l'espérance s'est effectuée, et quoique mutuelles et réciproques, étant sujettes à la réduction de l'édit, comme nous l'avons vu *suprà*, à l'égard des donations mutuelles et du préciput ; pour que l'avantage qu'a eu le second mari dans les immeubles des successions échues, soit un avantage sujet à la réduction de l'édit, il suffit que par l'événement l'espérance se soit effectuée ; il suffit que par l'événement il soit échu à sa femme des successions d'immeubles dans lesquelles il ait pris part, et qu'il ne lui en soit échu à lui aucunes, ou que dans celles qui lui seraient échues, sa femme ne trouve pas l'équivalent de la part qu'il trouve dans les immeubles des successions échues à sa femme [2].

556. La convention par laquelle « on a fixé à une certaine somme la part qu'une seconde femme aurait eue dans la communauté, » est-elle censée renfer-

---

[1] Les art. 1496 et 1527 (*V.* ci-dessus, p. 254, note 1, et p. 253, note 1), exigent aujourd'hui une autre décision.

[2] Il en serait de même aujourd'hui.

mer un avantage sujet à la réduction de l'édit, lorsque cette somme excède ce qu'elle aurait eu de net pour sa part en la communauté?

On dira pour la négative, que cette convention est un contrat aléatoire, plutôt qu'elle ne contient un avantage : la seconde femme achète ce qu'elle reçoit de plus que la moitié des biens de la communauté, par le risque qu'elle a couru de recevoir beaucoup moins que la moitié de la communauté, si elle eût prospéré autant qu'on l'espérait.

Nonobstant ces raisons, je pense que cette somme, pour ce dont elle excède le montant de la moitié des biens de la communauté, est un avantage sujet à la réduction de l'édit; autrement on aurait une voie ouverte d'avantager une seconde femme, en fraude de l'édit, en fixant le forfait de sa part en la communauté, à une somme beaucoup plus forte qu'il n'est vraisemblable que doive monter sa part lors de la dissolution de la communauté; et si on laissait à l'arbitrage du juge à juger de cette vraisemblance, ce serait donner lieu à des procès qu'on retranche en suivant notre décision.

Observez que, pour que la somme à laquelle on a fixé la part de la seconde femme en la communauté [1], soit réputée avantage pour ce dont elle excède la moitié du montant des biens de la communauté lors de sa dissolution, il faut qu'elle excède pareillement ce que la seconde femme a apporté à la communauté; car ce n'est pas avantage, lorsqu'elle ne retire que ce qu'elle y a mis.

557. Quoique le douaire qu'un homme accorde à une seconde femme, soit une convention matrimoniale, plutôt qu'une donation, néanmoins lorsqu'il excède la valeur du douaire coutumier, il est, jusqu'à concurrence de cet excédant, réputé un avantage fait par l'homme à sa seconde femme, sujet à la réduction de l'édit. Mais, jusqu'à concurrence de la valeur du douaire coutumier, le douaire qu'un mari accorde à sa seconde femme, n'est pas sujet à la réduction de l'édit, n'étant pas, jusqu'à cette concurrence, réputé un avantage. C'est ce qui a été jugé par un arrêt solennel du 18 juillet 1615, rendu *consultis classibus*, et encore depuis par un autre du 10 juillet 1656. Ces arrêts sont rapportés par Ricard (3ᵉ part., ch. 9, gl. 2, nº 1220). La raison est, que nos coutumes accordent à toutes les femmes, aux secondes, troisièmes et quatrièmes, etc., aussi bien qu'aux premières, un douaire dans les biens de leur mari, lorsque le mari ne leur en a pas accordé un par le contrat de mariage. On appelle ce douaire que la loi leur accorde, le *douaire coutumier*. Elles le tiennent de la loi, qui le leur accorde *immediatè* et *per se;* elles le tiennent *ex beneficio legis*, et non *ex beneficio hominis*. Le mari, en donnant un douaire conventionnel à sa femme, tant que ce douaire n'excède pas le coutumier, n'est pas censé lui faire un don, mais lui donner un équivalent de ce que la loi lui donne : elle le tient donc, jusqu'à cette concurrence, *magis ex beneficio legis, quàm ex beneficio hominis*. Lorsque le douaire conventionnel est beaucoup au-dessous du coutumier, bien loin qu'en ce cas le mari lui fasse un don, c'est au contraire la femme qui, en se restreignant à ce douaire, veut bien faire remise de ce que la loi lui donnait de plus à titre de douaire [2].

558. Si le douaire conventionnel, jusqu'à concurrence du douaire cou-

---

[1] *V.* art. 1522, C. civ.

Art. 1522 : « Lorsqu'il est stipulé « que l'un des époux ou ses héritiers « ne pourront prétendre qu'une cer« taine somme pour tout droit de com« munauté, la clause est un forfait qui « oblige l'autre époux ou ses héritiers « à payer la somme convenue, soit « que la communauté soit bonne ou « mauvaise, suffisante ou non pour ac« quitter la somme. »

[2] Il n'y a plus de douaire légal; par conséquent, toute stipulation de douaire devra être traitée comme une donation, comme une libéralité provenant du fait de l'homme.

tumier, n'est pas réputé un avantage fait à la femme par son mari, et n'est pas sujet à la réduction de l'édit, à plus forte raison le doit-on dire du douaire coutumier, lorsqu'il n'y a, par le contrat de mariage, aucun douaire conventionnel.

Ricard (*ibid.*, n° 1224) a une opinion singulière : il prétend que ce n'est que dans le cas où la seconde femme est d'une condition et de facultés à peu près égales à la condition et aux facultés du mari, que le douaire coutumier n'est pas réputé un avantage fait à la femme par son mari, et n'est aucunement sujet à la réduction de l'édit : mais lorsqu'elle est d'une condition et de facultés beaucoup inférieures à celles de son mari, il dit qu'en ce cas, lorsqu'il n'y a pas de douaire conventionnel, on doit estimer à quoi peut monter un douaire convenable à la condition et aux facultés de cette femme, et que son douaire coutumier, en tant et jusqu'à concurrence de ce qu'il excède cette estimation, doit être, pour cet excédant, réputé un avantage sujet à la réduction de l'édit. Le mari, dit Ricard, qui pouvait avec justice, par le traité de mariage, restreindre le douaire de sa femme à la somme portée par cette estimation, est censé lui avoir fait un avantage de ce que le douaire coutumier vaut de plus, en tant que pouvant le restreindre et le diminuer, il ne l'a pas fait : *In tantùm ei donasse videtur, in quantùm quum adimere posset, non ademit.*

Je crois cette opinion de Ricard contraire aux principes. Les lois coutumières ne règlent le douaire, ni sur l'état de la femme avant son mariage, ni sur les biens qu'elle a apportés à son mari : quoiqu'elle fût, avant son mariage, d'un état beaucoup inférieur à celui de son mari, elle devient, par son mariage, d'un état égal à celui de son mari; et par conséquent son douaire doit se régler, non eu égard à l'état qu'elle avait avant le mariage, mais eu égard à celui de son mari.

Le peu de biens qu'elle a apportés à son mari, n'est pas non plus une raison pour diminuer son douaire : bien loin de cela, le douaire étant accordé aux femmes pour soutenir, après la mort de leur mari, l'état de leur mari, moins elles ont de leur propre, plus elles ont besoin du douaire que la loi leur accorde pour cela. L'opinion de Ricard, outre qu'elle est mal fondée, a un autre inconvénient, qui est qu'elle ouvre la porte aux procès, en laissant à la discrétion des juges à estimer, suivant les différentes circonstances, jusqu'à quelle concurrence le douaire doit être censé un avantage sujet à la réduction de l'édit; au lieu qu'on retranche les procès en décidant ces questions par des principes généraux.

559. La somme promise par le contrat de mariage à une seconde femme pour son deuil, n'est un avantage qu'autant qu'elle excède celle qui lui est due eu égard à l'état et aux facultés de son mari : il n'y a que cet excédant qui soit un avantage sujet à la réduction de l'édit[1].

ART. III. — En quels cas y a-t-il lieu à la réduction de l'édit, et à quelle part d'enfant sont réductibles les donations faites aux seconds et ultérieurs maris, ou aux secondes et ultérieures femmes?

560. Pour qu'il puisse y avoir lieu à la réduction de l'édit, il faut :—1° que la femme ou l'homme qui a convolé en secondes ou ultérieures noces, ait eu quelque enfant de quelqu'un de ses précédents mariages; car ce n'est qu'à

---

[1] Le deuil de la femme est aux frais de la succession du mari et forme une véritable créance légale au profit de la veuve. (Art. 1481, C. civ.)

Art. 1481 : « Le deuil de la femme « est aux frais des héritiers du mari « prédécédé. — La valeur de ce deuil « est réglée selon la fortune du mari. « —Il est dû de même à la femme qui « renonce à la communauté. »

ces personnes que la défense de l'édit est faite, comme nous l'avons vu *suprà*, art. 1er, § 1er.

Il faut : 2° que quelqu'un desdits enfants lui ait survécu ; car la loi n'ayant été faite qu'en leur faveur, elle cesse, s'il ne s'en trouve aucun au temps auquel la loi devait avoir son effet, et venir à leur secours : mais lorsque quelqu'un desdits enfants lui a survécu, il n'est pas nécessaire qu'il soit son héritier ; il suffit qu'il soit capable de venir à sa succession [1].

Enfin, il faut, en troisième lieu, que ce qui a été donné aux personnes prohibées par l'édit (sur lesquelles voyez *suprà*, l'art. 1er, § 2), excède la part qu'a eue ou avait droit d'avoir dans les biens de la donatrice ou du donateur, celui de tous ses enfants, de quelque mariage que ce soit, qui a eu la moindre part.

C'est ce qui est porté par ces termes de l'édit : « Ne peuvent..... donner..... « plus qu'à un de leurs enfants, ou enfants de leurs enfants ; et s'il se trouve « division inégale de leurs biens, faite entre leurs enfants, ou enfants de leurs « enfants, les donations par elles faites à leurs nouveaux maris, seront réduites « et mesurées à raison de celui des enfants qui en aura le moins. »

Par exemple, si une femme qui avait des enfants d'un premier mariage, a convolé en secondes noces, et a donné quelque chose à son second mari, et que par testament elle ait fait ses enfants légataires universels, à l'exception d'un, soit du premier, soit du second mariage, à qui elle n'a laissé que sa légitime ; si la donation faite au second mari, excède cette légitime, qui est la part de celui de tous les enfants qui a la moindre part dans les biens de sa mère, il y aura lieu à la réduction de l'édit, et la donation faite au second mari, devra être réduite à la somme à laquelle monte cette légitime.

561. La part de l'enfant le moins prenant, à laquelle est réductible la donation faite au second mari, est la part que cet enfant le moins prenant a droit d'avoir dans les biens de la donatrice, et non pas celle dont il veut bien se contenter, quoique moindre que celle qu'il a droit d'avoir. Par exemple, si, dans l'espèce ci-dessus proposée, une femme avait fait ses enfants ses légataires universels, à l'exception d'un, à qui elle aurait laissé une somme ou une chose qui fût au-dessous de sa légitime ; quoique cet enfant ait bien voulu s'en contenter, et se soit tenu au don ou legs qui lui a été fait, sans prétendre aucun supplément de légitime, la donation faite au second mari ne doit pas être réduite à la valeur du don ou legs dont cet enfant a bien voulu se contenter ; mais elle doit subsister jusqu'à la concurrence de la légitime que cet enfant avait droit de prétendre.

Ricard (3e part., ch. 9, gl. 3) nous atteste que c'est la jurisprudence du parlement. Ces termes de l'édit : *Les donations seront mesurées à raison de celui des enfants qui en aura le moins*, ne sont point contraires à cette décision : celui des enfants qui a le moins, a véritablement dans les biens de sa mère, non-seulement ce que sa mère lui a laissé, mais le droit de prendre dans les biens de sa mère ce qui manque à sa légitime, lorsqu'il n'en est pas rempli. Ce droit fait partie de sa part dans les biens de sa mère, et il ne doit pas être en son pouvoir, en y renonçant par collusion avec ses frères et sœurs, de donner atteinte à la donation faite au second mari, qui doit être mesurée sur tout ce qui compose ou peut composer cette part.

562. Lorsqu'une fille, par son contrat de mariage, au moyen d'une dot qu'elle a reçue, beaucoup moindre que n'eût été sa légitime, a renoncé à la succession de sa mère, en faveur de ses frères, la donation faite au second mari doit-elle être réduite à la dot que cette fille a reçue ?—La raison de dou-

[1] Nous pensons, au contraire, qu'il est nécessaire que les enfants du premier lit acceptent la succession du donateur.

ter est, qu'en ce cas cette fille, par la clause de son contrat de mariage, étant restreinte à la dot qu'elle a reçue, et ne pouvant rien prétendre davantage, même à titre de légitime, dans les biens de sa mère ; la dot qu'elle a reçue est toute sa part dans les biens de sa mère ; la donation faite au second mari devant être réduite à la part de l'enfant qui a le moins dans les biens de la donatrice, elle doit être réduite à la dot de cette fille, qui est la part entière qu'elle a des biens de sa mère.

Nonobstant ce raisonnement, Ricard décide que la donation faite au second mari, ne doit pas être réduite à cette dot : la part de l'enfant qui aura le moins, à laquelle l'édit veut que la donation faite au second mari, soit réduite, ne doit s'entendre que de celle d'un enfant, ou qui vient à la succession de sa mère, ou qui avait droit d'y venir, quoiqu'il y renonce ; et non d'un enfant qui, par son contrat de mariage, s'est exclu de pouvoir venir à la succession, et de pouvoir y prendre part. On ne peut pas dire que la dot que cette fille a reçue, soit sa part dans les biens de la succession de sa mère ; elle n'y a plus de part, en ayant fait une espèce de transport à ses frères, en faveur desquels elle a renoncé à sa succession [1].

563. Par la même raison, lorsque la femme qui a fait une donation à son second mari, a exhérédé un enfant pour une juste cause, et lui a néanmoins fait un legs modique pour ses aliments, la donation faite au second mari ne doit pas être réduite à la somme à laquelle monte le legs fait à cet enfant ; car ce legs n'est pas une part que cet enfant prend dans les biens de la succession de sa mère, cet enfant n'ayant aucune part à prendre dans une succession dont l'exhérédation l'a exclu [2].

564. Lorsque la succession de la femme se partage par souches entre ses petits-enfants de différentes souches, la donation faite au second mari ne doit pas être réduite à la part que l'un des petits-enfants a dans la subdivision du lot échu à sa souche ; mais elle doit se mesurer sur la part échue à celle des souches qui y a la moindre part.—Par exemple, supposons qu'une femme a eu trois enfants, qui sont tous prédécédés, et ont laissé chacun des petits-enfants ; supposons encore que dans le partage qui est à faire de sa succession, la part de la souche aînée monte à 40,000 livres, et celle de chacune des souches cadettes à 30,000 livres, et que la part de l'une des souches cadettes est subdivisée également entre dix petits-enfants, dont elle est composée, qui y ont chacun 3,000 livres pour leur dixième portion ; dans cette supposition, la donation faite au second mari ne doit pas être réduite à la somme de 3,000 liv., montant de la part d'un enfant de l'une des souches. La raison est évidente : la succession est déférée et *partagée* par souches ; donc c'est chacune des souches, et non chacun des petits-enfants, qui prend *une part* dans le partage de la succession ; donc c'est à la part qu'a dans ce partage l'une des souches qui y a la moindre part, que doit se mesurer la donation faite au second mari [3].

565. Au contraire, lorsque la femme n'a laissé que des petits-enfants d'une même souche, qui viennent à sa succession, la succession ne se partageant pas en ce cas par souches, mais par personnes, la donation faite au second mari est en ce cas réductible à la part qu'aura dans la succession celui des petits-enfants qui aura la moindre part. C'est ce qui a été jugé par un arrêt de 1651, rapporté par Brodeau sur Louet, let. N., sommaire 3, n° 22, et par Ricard

---

[1] Le Code n'admet plus de semblables renonciations. (Art. 791, C. civ.)

Art. 791 : « On ne peut, même par « contrat de mariage, renoncer à la « succession d'un homme vivant, ni « aliéner les droits éventuels qu'on « peut avoir à cette succession. »

[2] Nous n'admettons plus l'exhérédation : il y a des causes d'indignité ; mais l'indigne, exclu de la succession, ne doit pas être compté.

[3] Il en est de même aujourd'hui.

(3e part., ch. 9, gl. 3, n° 1274). Néanmoins ce dernier prétend que la question avait souffert quelque difficulté; et il cite (*ibid.*, n° 1272) un arrêt du parlement de Toulouse (du 16 mai 1619), qui a jugé au contraire que la donation faite au second mari ne devait pas être réduite à la part que l'un des petits-enfants avait dans la succession, mais qu'elle devait se mesurer à ce que ces petits-enfants y avaient tous ensemble ; parce qu'ils n'y venaient tous ensemble qu'au lieu de leur père, fils de la défunte. Cette raison, que Ricard fait servir de fondement à cet arrêt, ne me paraît pas bonne. Il est faux que les petits-enfants viennent en ce cas *au lieu de leur père*; ce n'est que dans les cas auxquels la loi établit la fiction de la représentation, qu'ils viennent *au lieu de leur père* qu'ils représentent: mais dans ce cas-ci, où il n'y a pas lieu à la fiction de la représentation, ces petits-enfants viennent de leur chef; ils ne représentent pas leur père: on ne peut donc dire qu'ils viennent *au lieu de leur père* : car venir *au lieu* de quelqu'un, c'est le représenter [1].

566. Lorsqu'une femme ayant des enfants d'un précédent mariage, a passé successivement à différents mariages, et qu'elle a fait des donations à ses second, troisième et quatrième maris, il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait lieu à la réduction de l'édit, que la donation faite à l'un desdits maris, excède la part de l'enfant le moins prenant; il suffit que toutes ces donations excèdent ensemble cette part; car l'édit ne dit pas, « ne peuvent donner à *chacun* de « leurs nouveaux maris »: mais il dit, « ne peuvent donner « *à leurs nouveaux* « *maris* plus qu'à un de leurs enfants » : ce qui signifie qu'elles ne peuvent donner à tous leurs nouveaux maris, lorsqu'elles en ont eu plusieurs, plus que l'équivalent de la part de l'enfant le moins *prenant*[2]. C'est pourquoi, si une femme avait donné à son second mari quelque chose qui équivalût à cette part, les donations faites aux autres seraient entièrement nulles; ayant donné au second tout ce que la loi lui permettait de donner à ses nouveaux maris, il ne lui restait plus rien à donner aux autres, etc. Ricard (*ibid.*, n° 1321).

---

[1] Nous croyons l'opinion de Ricard préférable à celle de Pothier : il est évident que si les petits-enfants étaient seuls, il serait fort indifférent d'examiner s'ils viennent de leur chef ou par représentation : mais concourant avec une personne qui, sans être enfant, a cependant droit à une part d'enfant, il est évident qu'ils doivent, tous ensemble, compter pour un; *vice unius funguntur,* leur nombre ne peut pas réduire indéfiniment la portion du conjoint qui a droit à une part d'enfant. Dans notre législation, la question n'aura un intérêt qu'autant qu'ils seront plus de trois, car le conjoint donateur ne peut disposer de plus d'un quart.

[2] Le Code admet que chaque conjoint successif peut recevoir *une part d'enfant légitime le moins prenant.* Voilà la capacité de recevoir dans le conjoint donataire : mais voici la limite dans le conjoint donateur : « Et « sans que, dans aucun cas ces do- « nations puissent excéder le quart « des biens. » Il faut respecter ces deux limites : la seconde reçoit son application au cas où il existe un ou deux enfants; lorsqu'il y en a trois, les deux capacités coïncident, et lorsqu'il y en a plus de trois, la capacité de recevoir reçoit seule son application. Cette disposition est entièrement dans l'intérêt des enfants; deux idées se sont présentées à la pensée du législateur, une principale, qui était l'idée de l'édit : la libéralité peut atteindre une part d'enfant; elle est conservée pour la capacité de recevoir : idée secondaire et restrictive de la première, lorsque cette part d'enfant serait la moitié ou même un tiers, le législateur n'a pas voulu que la disponibilité pût aller jusque-là, il l'a limitée, dans tous les cas, à un quart.

ART. IV. — Quels enfants peuvent demander le retranchement ordonné par l'édit.

567. Quoique ce ne soit qu'en faveur des enfants des précédents mariages, que l'édit a ordonné la réduction des donations faites à de seconds ou ultérieurs maris, ou à de secondes ou ultérieures femmes ; et qu'en conséquence, s'ils sont tous prédécédés sans postérité, il n'y ait pas lieu à l'édit, comme nous l'avons vu en l'article précédent ; néanmoins, lorsque quelqu'un des enfants ou petits-enfants des précédents mariages a survécu, et qu'il y a eu lieu à la réduction de l'édit, ce qui doit être retranché des donations faites aux seconds maris ou aux secondes femmes, doit appartenir non-seulement aux enfants des précédents mariages, en faveur desquels la loi a ordonné ce retranchement, mais indistinctement à tous les enfants de la donatrice ou du donateur, de quelque mariage qu'ils soient nés, aussi bien à ceux des seconds et ultérieurs mariages, qu'à ceux du premier mariage.

C'est la jurisprudence des provinces du royaume qui ne sont pas régies par le droit écrit ; elle a suivi en cela la disposition de la loi *Quoniam*, Cod. *de Sec. nupt.*, préférablement à la novelle 22, chap. 27, qui l'avait abrogée. Cette jurisprudence, qui nous est attestée par Ricard et par tous les autres auteurs, est fondée en une très grande équité ; les biens qui sont retranchés de la donation faite au second mari, étant les biens de la mère commune, tous les enfants, de quelque mariage qu'ils soient nés, étant autant à leur mère les uns que les autres, ils y doivent avoir un droit égal.

De là il suit que le droit de faire réduire la donation faite au second mari, que les enfants du second mariage n'auraient pu avoir, s'ils eussent été seuls, et qu'aucun de ceux du premier lit n'eût survécu, est ouvert à leur profit lors de la mort de leur mère, par la survie de quelqu'un des enfants, comme il l'est au profit de ceux du premier lit : *Nec est novum in jure, et quod quis ex personâ suâ non haberet, ex personâ alterius habeat*[1] ; *ut in* L. 3, § 11, *vers. Planè*, ff. *de Bon. pos. cont. tab.*

De là suit que, quand même les enfants du premier mariage négligeraient ce droit, et en feraient remise à leur beau-père, les enfants du second mariage n'auraient pas moins action contre leur père, pour demander leur part dans ce qui a été ou doit être retranché de la donation ; car les enfants du premier mariage, en remettant leurs droits, ne peuvent remettre que la part qui leur appartient dans ce retranchement, et non celles qui appartiennent aux enfants du second mariage : *Arg.* L. 10, § 6, ff. *eod. tit.*

568. Pour que les enfants, soit du premier, soit des autres mariages, puissent demander la réduction, il n'est pas nécessaire qu'ils soient héritiers de leur mère qui a fait la donation ; car leur mère ayant, par la donation qu'elle a faite à son second mari, mis hors de ses biens tout ce qui est compris dans la donation, tout ce qui y est compris ne faisant plus partie de ses biens, lors de sa mort, ne se trouve pas dans sa succession. Il n'est donc pas nécessaire qu'ils viennent à sa succession pour avoir ce qui doit être retranché de la donation ; ce n'est pas de la loi des successions, mais seulement de l'édit des secondes noces, qu'ils tiennent ce retranchement. C'est pourquoi, soit que tous les enfants renoncent à la succession, soit qu'il y en ait qui l'acceptent, et d'autres qui y renoncent, ils sont tous admis à partager ce retranchement. C'est ce qu'enseigne Ricard (3e part., ch. 9, gl. 4), no 1301 et suiv., qui cite un arrêt

---

[1] Les enfants des précédents mariages sont la cause occasionnelle de la naissance de ce droit.

du 4 juillet 1606, qui a jugé suivant son opinion. Renusson, *Traité de la Communauté*, part. 4, chap. 3, n° 80, enseigne la même chose [1].

On opposera peut-être que la donation faite au second mari est nulle jusqu'à concurrence de ce qui en doit être retranché, la femme n'ayant pu valablement donner à son second mari plus que l'édit ne lui permettait; mais, dira-t-on, si la donation est nulle jusqu'à concurrence de ce qui doit en être retranché, une donation nulle ne pouvant pas transférer la propriété, la propriété de ce qui doit être retranché, n'a pas été transférée au second mari; il est resté dans les biens de la mère, et il se trouve par conséquent dans sa succession : il faut donc venir à sa succession et être héritier, pour l'y recueillir et le partager.

Je réponds que la nullité de la donation faite au second mari, pour ce qui en doit être retranché, n'est pas une nullité absolue qui ait empêché la translation de propriété : cette nullité n'est qu'une nullité relative, qui n'est établie qu'en faveur des enfants : la propriété de tout ce qui est compris en la donation, a été transférée au second mari ; l'édit donne seulement aux enfants une action révocatoire, pour faire retrancher de la donation ce que leur mère a donné de plus que l'édit ne lui permettait.

569. Quoiqu'il ne soit pas nécessaire de venir à la succession pour avoir part au retranchement, et que ce ne soit pas à titre d'héritiers que les enfants prennent ce retranchement, mais en leur seule qualité d'enfants, néanmoins les enfants exhérédés n'y sont pas admis ; car les causes qui les rendent indignes des biens de la succession de leur mère, les rendent pareillement indignes de ceux-ci [2]. Lorsqu'un enfant est exhérédé par son père ou par sa mère, il est exclu de tous les titres auxquels la loi l'eût appelé aux biens de son père ou de sa mère. Ce n'est pas seulement à titre d'héritier qu'il n'y peut rien prétendre ; il n'y peut rien prétendre à titre de douairier : par la même raison, il n'y peut rien prétendre en vertu de l'édit des secondes noces.

570. Il y a plus de difficulté à l'égard des filles, qui, dans certaines coutumes, sont, par leur mariage et la dot qu'elles ont reçue, *ne fût-ce qu'un chapel de roses*, exclues des successions de leurs père et mère qui les ont dotées ; et pareillement à l'égard de celles qui, par leur contrat de mariage, ont renoncé à la succession en faveur de leurs frères.—Ricard, *ibid.*, n° 1305 et suiv. décide qu'elles ne doivent pas être admises à partager le retranchement ordonné par l'édit en faveur des enfants ; et il établit comme principe général, que quoiqu'il ne soit pas nécessaire, pour y être admis, de venir à la succession, il faut au moins être capable d'y venir. Sa raison est que l'édit étant fait pour réparer en partie le préjudice que les enfants souffrent de la donation faite au second mari, il n'y a que ceux qui souffrent préjudice de cette donation, qui doivent avoir part à ce retranchement qui en est la réparation : or il n'y a que les enfants qui avaient droit de venir à la succession, qui souffrent de cette donation ; donc il n'y a qu'eux qui doivent être admis à partager ce retranchement ; et tous ceux qui n'ont pas droit de venir à la succession, n'y doivent pas être admis. Il appuie sa décision par l'exemple du douaire. Toutes ces personnes qui sont exclues de la succession de leur père, ne peuvent rien prétendre à titre de douaire dans ses biens ; pourquoi pourraient-elles prétendre, en vertu de l'édit des secondes noces, prendre part dans les biens retranchés de la donation faite par leur père à une seconde femme [3] ?

---

[1] Nous croyons, au contraire, que ces biens rentrent dans la succession du donateur, au moins quant aux enfants, et qu'en conséquence, il faut que les enfants acceptent la succession pour faire naître ce droit et pour participer à son émolument.

[2] Cette décision n'est pas en harmonie avec la précédente.

[3] Cette question ne peut s'élever aujourd'hui. *V.* art. 791, C. civ., ci-dessus, p. 126, note 1.

571. Il reste à observer qu'un enfant qui, en majorité, du vivant de sa mère, aurait approuvé la donation faite par sa mère à un second mari, et se serait expressément obligé à n'y donner jamais aucune atteinte, même dans le cas auquel elle se trouverait excéder ce que l'édit permet de donner, ne laisserait pas, nonobstant cette approbation, d'être, après la mort de sa mère, recevable à demander le retranchement de ce que cette donation contient de plus qu'il n'était permis à la donatrice de donner; et si le second mari lui opposait l'approbation qu'il lui avait donnée, l'enfant répliquerait que cette approbation est présumée avoir été extorquée de lui par sa mère, en fraude de l'édit, et qu'elle ne doit par conséquent être d'aucun effet. Je pense pourtant qu'il faudrait que l'enfant se pourvût par lettres de rescision [1].

Mais si l'approbation n'a été donnée que depuis la mort de la mère, elle est valable: il est permis à chacun de renoncer à son droit.

ART. V. — Quelles actions ont les enfants pour demander le retranchement ordonné par l'édit, et comment y procède-t-on.

572. La femme qui a des enfants d'un précédent mariage, transfère à son second ou autre subséquent mari la propriété de toutes les choses à elle appartenant, qu'elle lui donne; mais elle ne la transfère et ne peut la transférer, qu'à la charge du retranchement que fera l'édit, lors de la mort de la femme, de ce dont la donation se trouvera pour lors excéder la part de l'un de ses enfants qui aura la moindre part dans les biens de sa succession.

Le second ou autre subséquent mari, en recevant, à cette charge, les biens compris dans la donation, contracte l'obligation de rendre aux enfants cet excédant, dont l'édit ordonne le retranchement, s'il s'en trouve lors de la mort de la donatrice.

573. C'est la loi qui forme cette obligation; et de cette obligation naît aux enfants envers qui elle est contractée, une action qu'on appelle *conductio ex lege*, pour se faire rendre cet excédant.

Cette action est personnelle réelle, et peut être intentée contre les tiers détenteurs des biens immeubles compris dans la donation, dans le cas auquel le second mari les aurait aliénés, soit pour le total, soit pour partie; car le second mari n'ayant acquis la propriété de ces biens que sous la charge du retranchement ordonné par l'édit, s'il se trouve y devoir avoir lieu lors de la mort de la donatrice, lesdits biens se trouvent affectés à cette charge, et à l'exécution de l'obligation qu'il a contractée par rapport à cette charge. En conséquence, suivant le principe qu'on ne peut transférer à d'autres plus de droit dans une chose, qu'on n'y en a: *Nemo plus juris in alium transferre potest, quàm ipse habet*; L. 54, ff. *de Reg. jur.*; le second mari, qui n'a le droit de propriété des immeubles compris dans la donation, qu'à la charge du retranchement ordonné par l'édit, ne peut le transférer qu'à cette charge, à ceux qui les acquièrent de lui: ces biens ne peuvent passer qu'avec cette charge et avec cette affectation, à tous ceux à qui ils passent; lesquels, par conséquent, en leur qualité de détenteurs desdits biens, sont tenus de l'action qu'ont les enfants pour l'exécution de cette charge [2].

---

[1] Ce serait faire un pacte sur une succession non ouverte, ce que le Code ne permet pas. (Art. 1130, 2[e] alinéa, C. civ.)

Art. 1130 : « Les choses futures « peuvent être l'objet d'une obligation. « — On ne peut cependant renoncer « à une succession, même avec le consentement de celui de la succession « duquel il s'agit. »

[2] Toutefois nous croyons que cette action ne peut pas être plus favorable que l'action en réduction pour les réserves, et qu'il faudrait appliquer par analogie l'art. 930, C. civ.

Art. 930 : « L'action en réduction ou

574. On peut aussi donner aux enfants, pour la revendication de la portion qui doit être retranchée à leur profit, une action rescisoire, *utilis in rem* car, lorsque la donation, lors de la mort de la donatrice, se trouve excéder la part de l'enfant le moins prenant dans les biens de sa succession, cette donation est, *potestate legis*, rescindée, jusqu'à concurrence de cet excédant, au profit des enfants : en conséquence la loi dépouille le second mari de la propriété des choses données jusqu'à concurrence de cet excédant, et l'attribue aux enfants.

J'ai appelé cette action *utilis* ; car selon la subtilité des principes de droit, le domaine des choses ne passant d'une personne à une autre que par la tradition et la possession ; quoique la donation faite au second mari soit rescindée par la puissance de la loi, jusqu'à concurrence de ce qu'elle excède la part de l'enfant le moins prenant, le second mari, tant qu'il demeure en possession de tous les biens, continue d'être, *secundùm subtilitatem juris*, le propriétaire de cet excédant, quoique *jam sinè causâ et titulo ;* et pour que les enfants, *secundùm civilem rationem,* deviennent propriétaires en sa place de cet excédant, il faut que le second mari en soit dépouillé, et que les enfants en soient saisis. Les enfants ne peuvent donc, *secundùm subtilitatem juris*, poursuivre la restitution de la portion qui doit être retranchée à leur profit, que par la voie d'une action personnelle, telle que l'action *condictio ex lege*, dont nous avons parlé, ou par celle qu'on appelle *condictio sinè causâ.* Mais en négligeant la subtilité, pour ne s'attacher qu'à remplir les vues de l'édit, aussitôt qu'il y a lieu au retranchement ordonné par l'édit, on peut regarder les enfants comme devenus déjà propriétaires de la portion dans les biens donnés, que l'édit veut être retranchée à leur profit, et leur donner en conséquence l'action *utilis in rem,* pour la revendiquer [1].

Il n'importe, au reste, que l'action qu'ont les enfants pour faire retrancher, à leur profit, de la donation faite au second mari, ce qu'il y a d'excessif, soit une action personnelle réelle, *condictio ex lege*, ou une action *utilis in rem* ; l'une et l'autre ont le même effet ; et dans notre pratique française on fait peu d'attention aux noms des actions [2].

575. Cette action, quelle qu'elle soit, est ouverte par la mort de la femme qui a fait la donation à son second mari, ou par la mort de l'homme qui a fait la donation à sa seconde femme.

Pour juger si elle procède et s'il y a lieu au retranchement de la donation, et jusqu'à quelle concurrence, il faut liquider la succession de la mère ; faire une estimation de tous les biens meubles et immeubles dont elle est composée ; et liquider à quelle somme monte la part de l'enfant qui y prend le moins ; laquelle doit servir de mesure à la donation faite au second mari.

Cette estimation doit se faire avec le second mari, qui a intérêt que les biens

---

« revendication pourra être exercée « par les héritiers contre les tiers détenteurs des immeubles faisant partie « des donations et aliénés par les do- « nataires, de la même manière et dans « le même ordre que contre les donataires eux-mêmes, et discussion préa- « lablement faite de leurs biens. Cette « action devra être exercée suivant « l'ordre des dates des aliénations, en « commençant par la plus récente. »

[1] L'art. 930, C. civ., dit : « *L'action en* « *réduction ou revendication*, etc... » mais elle a ses conditions légales, indiquées par le même article. *V.* ci-dessus.

[2] Cela est bien vrai, et si Pothier vivait aujourd'hui, il trouverait bien étrange que l'étude du droit romain, qui ne devrait être que l'auxiliaire du droit français, fût réduite à peu près à composer et décomposer des formules d'actions, *in rem, in personam, stricti juris, bonæ fidei, arbitrariæ, in jus, in factum*, etc.

de cette succession ne soient pas estimés au-dessous de leur juste valeur ; ce qui préjudicierait à sa donation, et la diminuerait plus qu'elle ne doit l'être, puisqu'elle se mesure sur la valeur de la part de l'enfant le moins prenant dans cette succession. C'est pourquoi, si l'estimation avait été faite sans lui, il serait bien fondé à demander une nouvelle estimation.

On doit ensuite estimer les biens dont est composée la donation faite au second mari, qu'on prétend sujette à réduction, pour juger si cette donation excède le montant de la valeur de la part de l'enfant qui a la moindre part dans la succession.

576. Ces estimations se font eu égard à la valeur des choses, au temps de l'ouverture de la succession ; bien entendu, pourvu que ce ne soit pas par la faute du second mari donataire qu'elles ont été détériorées. Par exemple, si la femme avait donné entre-vifs à son second mari un héritage, et que depuis la donation la plus grande partie des terres qui en dépendent, ait été ensablée par une inondation, ce qui en a considérablement diminué la valeur ; pour juger si, et de combien, la donation excède la part d'enfant, et si, et pour combien, il y a lieu à la réduction, cet héritage ne sera pas estimé eu égard à ce qu'il valait lors de la donation qui en a été faite au second mari, mais eu égard à ce qu'il vaut lors de la mort de la femme [1].

La raison est que le droit que l'édit donne aux enfants, est une réparation d'une partie du préjudice que la donation faite au second mari leur cause dans la succession de leur mère. L'édit ne permet pas que la donation leur préjudicie au delà de la valeur de la part de l'enfant le moins prenant dans la succession. Le préjudice que cause la donation aux enfants dans la succession de leur mère, consiste en ce que les héritages compris dans la donation, ne se trouvent pas dans la succession de leur mère, au lieu qu'ils s'y trouveraient, s'ils n'avaient pas été donnés. La valeur de ce préjudice consiste donc dans la valeur de ces héritages au temps de cette succession, qui auraient augmenté d'autant la succession, et non dans la valeur qu'ils avaient au temps de la donation ; l'estimation doit donc s'en faire eu égard à ce qu'ils valaient au temps de la succession.

Par exemple, supposons qu'au temps de la donation, l'héritage donné au second mari, eût été de la valeur de trente mille livres ; que par l'accident de l'ensablement, il se trouve réduit à la valeur de huit mille livres ; il est évident que la donation n'a pas causé aux enfants un préjudice de trente mille livres, mais seulement un préjudice de huit mille livres ; car, quand même la donation n'aurait pas été faite, l'accident de l'ensablement des terres n'en serait pas moins arrivé ; l'héritage n'en aurait pas moins été réduit à la valeur de huit mille livres. La succession ne se trouve donc privée, par la donation, que de huit mille livres.

Si c'était par la faute du donataire que l'héritage eût été dégradé, il ne devrait pas être estimé eu égard seulement à l'état de dégradation lors de l'ouverture de la succession de la donatrice, mais eu égard à ce qu'il vaudrait, si les dégradations n'avaient pas été faites. Par exemple, si l'héritage qui a été

---

[1] Il faudrait procéder aujourd'hui de la même manière ; et ce que dit ici Pothier est un bon commentaire de ces expressions de l'art. 922, C. civ. : « *D'après leur état à l'époque des donations et leur valeur au temps du décès du donateur.* »

Art. 922 : « La réduction se détermine en formant une masse de tous les biens existants au décès du donateur ou testateur. On y réunit fictivement ceux dont il a été disposé par donations entre-vifs, d'après leur état à l'époque des donations et leur valeur au temps du décès du donateur. On calcule sur tous ces biens, après en avoir déduit les dettes, quelle est, eu égard à la qualité des héritiers qu'il laisse, la quotité dont il a pu disposer. »

donné au second mari, lequel, par les dégradations, n'est que de la valeur de huit mille livres, eût été, sans lesdites dégradations, de valeur de quinze mille livres, il doit être estimé cette somme de quinze mille livres : car, si la donation n'avait pas été faite, on doit présumer que la donatrice eût conservé en bon état son héritage, et que cet héritage se serait trouvé être dans la succession, de la valeur de quinze mille livres. La donation a donc fait en ce cas aux enfants un préjudice de quinze mille livres dans la succession.

577. *Vice versâ*, lorsque l'héritage donné au second mari a augmenté de valeur, il doit être estimé, non eu égard à ce qu'il valait au temps de la donation, mais eu égard à ce qu'il vaut au temps de la succession. Par exemple, si une femme a donné à son second mari une maison dans une petite ville, qui ne valait que trois mille livres lors de la donation, laquelle, au moyen des manufactures qui s'y sont établies, et qui y ont fait augmenter les loyers des maisons, se trouve être de valeur de cinq mille livres au temps de la mort de la donatrice, cette maison doit être estimée cinq mille livres; car la donation fait aux enfants un préjudice de cinq mille livres dans la succession de leur mère; puisque, si elle n'eût pas été faite, cette maison se trouverait dans la succession, et les enfants trouveraient dans la succession une valeur de cinq mille livres de plus qu'ils n'y trouvent.

578. Lorsque c'est par des impenses utiles que le donataire a faites sur l'héritage, que le prix s'en trouve augmenté lors de la mort de la donatrice, l'héritage ne doit être estimé que ce qu'il vaudrait, si ces impenses n'eussent pas été faites, et qu'il eût été laissé au même état auquel il était lors de la donation ; car, si la donation n'avait pas été faite, il se serait trouvé dans cet ancien état dans la succession, et la succession n'eût été augmentée que de la valeur qu'il aurait eue étant dans cet ancien état. La donation ne fait donc préjudice que de cette valeur.

579. Lorsque ce sont des impenses nécessaires qui ont été faites par le second mari sur l'héritage, il ne doit être estimé que sous la déduction desdites impenses : car ces impenses étant supposées nécessaires, si la donation n'eût pas été faite, la donatrice eût été obligée de les faire ; la somme qu'elle y aurait employée se trouverait de moins dans sa succession; c'est pourquoi l'héritage n'aurait augmenté sa succession que sous la déduction de cette somme qui s'y serait trouvée de moins.

Nous n'entendons parler que des grosses impenses; celles d'entretien sont une charge des fruits que le donataire perçoit, et il ne peut les répéter.

580. Tout ce que nous avons dit jusqu'à présent, doit s'observer, soit que le second mari ait conservé l'héritage qui lui a été donné, soit qu'il l'ait aliéné : on doit, en l'un et l'autre cas, l'estimer eu égard à la valeur qu'il a au temps de la succession, quoiqu'elle soit au-dessus ou au-dessous du prix qu'il l'a vendu; car, soit qu'il ait conservé cet héritage, soit qu'il l'ait vendu, la donation fait également préjudice aux enfants dans la succession de leur mère, de la valeur présente de l'héritage, qui s'y serait trouvé, s'il n'avait pas été donné au second mari.

Ce que nous avons dit à l'égard des impenses utiles ou nécessaires, a pareillement lieu, soit qu'il ait aliéné l'héritage, soit qu'il l'ait conservé.

581. Si néanmoins la vente que le second mari a faite de l'héritage qui lui a été donné, était une vente forcée que la donatrice eût pareillement été obligée de faire, *putà*, pour une cause d'utilité publique, ou pour une cause de réméré, auquel l'héritage était sujet; il est évident, en ce cas, qu'il n'y aurait pas lieu à l'estimation de cet héritage, et qu'on ne comprendrait dans l'estimation de la donation faite au second mari, que la somme qu'il a reçue ou qui lui est due pour le prix de la vente forcée qu'il en a faite : car, quand même la donation n'aurait pas été faite, il ne se serait trouvé de plus dans la succes-

sion de la donatrice, que cette somme pour laquelle elle aurait été pareillement obligée de le vendre.

582. Il en est des rentes de même que des héritages : une rente qu'une femme a donnée à son second mari, doit s'estimer eu égard à la valeur qu'elle a lors de la mort de la donatrice, plutôt qu'eu égard à la valeur qu'elle avait lors de la donation. Par exemple, si la rente qui a été donnée était d'une valeur moindre que son capital, lors de la donation, parce que la solvabilité du débiteur de la rente était alors suspecte, et que depuis, le débiteur, par des successions qui lui sont échues, étant devenu riche, la rente se trouve, lors de la mort de la donatrice, de la valeur de son principal, elle sera estimée suivant cette valeur.

Vice versâ, si la rente, qui, lors de la donation, était de la valeur de son capital se trouve, lors de la mort de la donatrice, par le renversement de la fortune du débiteur, ou par quelque autre cause, n'être plus de la valeur de son capital, elle ne sera estimée que ce qu'elle vaut alors, pourvu que ce ne soit pas par la faute du donataire ou de ses successeurs, qu'elle soit diminuée de valeur; *putà*, pour avoir laissé perdre les hypothèques de cette rente, faute de s'être opposé aux décrets des héritages hypothéqués, ou d'avoir interrompu la prescription.

Lorsque la rente a été remboursée, on comprend dans l'estimation de la donation le prix que le second mari a reçu pour le rachat. Si, après la discussion des biens du débiteur, le second mari n'a pu venir utilement en ordre que pour une partie du capital, sans qu'il y ait de sa faute, on ne comprendra dans l'estimation de la donation que la somme qu'il a reçue ; car, si la donation n'eût pas été faite, la donatrice n'aurait pareillement pu recevoir que cette somme : donc le donataire n'a fait préjudice aux enfants dans la succession de la donatrice que de cette somme.

583. Si le second mari, lors de l'ordre, était créancier non-seulement du principal de la rente qui lui a été donnée, mais de plusieurs arrérages courus depuis la donation; ce qu'il a reçu à l'ordre, doit se répartir par proportion, tant sur le capital de la rente qui lui appartient à la charge de la réduction de l'édit, que sur les arrérages qui lui appartiennent parfaitement, et qui ne sont pas sujets à cette réduction.

Par exemple, s'il était créancier de dix mille livres pour le capital de la rente, et de cinq mille livres pour les arrérages, ce qui fait en total quinze mille livres, et qu'il n'ait reçu à l'ordre que sept mille cinq cents livres, qui est la moitié de cette somme, il doit être censé en avoir reçu cinq mille livres pour la moitié de son principal, et les deux mille cinq cents livres de surplus pour la moitié de ses arrérages. C'est pourquoi, dans l'estimation qu'on fera de la donation qui lui a été faite de cette rente, on ne portera que la somme de cinq mille livres, comme n'ayant reçu que cette somme sur le capital de cette rente[1].

584. Le principe que nous avons établi jusqu'à présent, « que, pour régler si, et jusqu'à quelle concurrence, la donation faite au second mari doit souffrir réduction, on doit estimer, eu égard au temps de la mort de la donatrice, tant les biens compris dans la donation, que ceux de sa succession,» est confirmé par le texte de la novelle 22, cap. 28, où il est dit : *Tempus illud considerandum est quo binubus moritur, et portionem indè sumendam, et secundùm eam id quod plus est contemplantes, auferre quod transcendit, oportet, et filiis applicare; in omnibus talibus, non ab initio donatione aut scripturâ respiciendâ, sed qui vocatur eventus considerandus est.*

585. Comme c'est au temps de la mort de la donatrice que le droit qu'ont les enfants de demander la réduction de la donation faite au second mari, de-

---

[1] Tous ces principes sont encore applicables.

vient ouvert, il s'ensuit que c'est précisément à ce temps qu'on doit avoir égard pour juger s'il y a lieu à la réduction de l'édit, et jusqu'à quelle concurrence ; c'est pourquoi on doit estimer l'héritage précisément eu égard à la valeur qu'il avait au temps de la mort de la donatrice. Non-seulement donc il n'importe pas qu'il ait valu plus ou moins au temps de la donation, comme nous l'avons vu jusqu'à présent ; mais il n'importe pas non plus que, par quelque accident survenu depuis la mort, il ait augmenté ou diminué de valeur.

Par exemple, si l'héritage, lors de la mort de la donatrice, qui a donné ouverture au droit des enfants, était de valeur de vingt mille livres, et la portion de l'enfant le moins prenant dans la succession, de la valeur de quinze mille livres ; quoique par une inondation survenue depuis la mort de la donatrice, qui a ensablé une partie des terres de cet héritage, il ne soit plus que de la valeur de dix mille livres, qui est au-dessous de celle de la portion de l'enfant, néanmoins on doit considérer la valeur de vingt mille livres qu'il avait au temps de la mort de la donatrice, qui est d'un quart plus forte que celle de la part d'enfant ; et en conséquence les enfants doivent avoir le droit de demander le retranchement à leur profit du quart de cet héritage. Le droit de demander ce retranchement, qui est né et acquis aux enfants lors de la mort de la donatrice, ne peut pas leur être ôté : toute la perte que doit leur causer l'accident survenu à l'héritage depuis l'ouverture de leur droit, c'est que le quart de cet héritage dont ils ont droit de demander le retranchement, et qui valait lors cinq mille livres, ne vaut plus que deux mille cinq cents livres [1].

586. Après que, par la liquidation de la succession de la femme qui a fait une donation à son mari, et de la portion de l'enfant le moins prenant dans cette succession, et par l'estimation des biens compris dans la donation, on a reconnu de combien cette donation excède le montant de la part d'enfant, *putà*, d'une moitié, d'un tiers, d'un quart ; les biens compris en la donation se trouvant en ce cas communs entre les enfants pour la portion qui en doit être retranchée à leur profit, et le second mari pour le surplus, on doit procéder entre le second mari et les enfants au partage de ces biens, par lequel partage on délivre aux enfants, en biens de ladite donation, la portion qui en doit être retranchée à leur profit, et on laisse le surplus au second mari.

Si les biens qu'on assigne par ce partage aux enfants pour la portion qui doit être distraite à leur profit, excèdent le montant de cette portion, on charge ces biens d'un retour envers le second mari ; et, *vice versâ*, si ces biens ne remplissent pas entièrement les enfants de la portion qui doit être retranchée à leur profit, on charge d'un retour envers eux ceux qui sont restés au second mari.

Le second mari et les enfants contractent réciproquement l'obligation de garantie que forme le partage entre des copartageants.

Lorsque dans une donation, dont une portion doit être retranchée au profit des enfants, il n'y a qu'un héritage qui ne peut être commodément partagé entre les enfants pour la portion qui en doit être retranchée, et le second mari pour le surplus, chacune des parties peut en ce cas demander la licitation.

587. Les fruits, tant civils que naturels, des héritages compris dans la donation, et qui ont été perçus depuis le jour du décès de la donatrice, jour auquel le droit des enfants a été ouvert, appartiennent auxdits enfants pour la portion desdits biens, qui doit être retranchée à leur profit : le mari qui a perçu ces fruits avant le partage ou la licitation, leur en doit faire raison, *deductis impensis* [2].

588. La portion qui doit être retranchée de la donation, peut être deman-

---

[1] Ils supportent leur part de la perte.

[2] Il faut admettre cette règle avec la modification portée en l'art. 928, C. civ. Art. 928 : « Le donataire restituera

dée même dans les biens possédés par des tiers détenteurs, et que le second mari a aliénés par des aliénations volontaires; les enfants ont, pour cet effet, contre ces tiers détenteurs, une action, comme nous l'avons vu *suprà*. Néanmoins, lorsque le mari n'a aliéné qu'une partie des biens compris dans la donation, et que dans ceux qui lui sont restés, il s'en trouve suffisamment pour remplir les enfants de la portion entière qui doit être retranchée de la donation, à leur profit, il est équitable, en ce cas, pour éviter les recours de garantie et les dommages et intérêts qu'auraient à prétendre ces tiers acquéreurs contre le second mari, que les enfants soient remplis dans les biens restés au second mari, de la portion qui doit être retranchée à leur profit, et qu'ils ne soient pas écoutés à rien demander aux tiers détenteurs.

Lorsque les enfants sont obligés de se pourvoir contre les tiers détenteurs, parce qu'il ne reste pas au second mari une quantité suffisante des biens compris en la donation pour les remplir [1]; si ces tiers détenteurs ont acquis sans connaissance de la charge à laquelle ces biens étaient sujets, étant possesseurs de bonne foi, ils ne sont tenus des fruits de la portion dont on demande le retranchement, que depuis la demande donnée contre eux; sauf aux enfants à se pourvoir pour ceux perçus avant la demande, et depuis le décès de leur mère, contre le second mari, qui en est tenu personnellement.

559. Tout ce que nous avons dit jusqu'à présent de l'estimation qui doit se faire de la valeur dont sont les biens compris dans la donation au temps de la mort de la donatrice, du partage qui doit s'en faire entre les enfants et le second mari, et de l'action contre les tiers détenteurs, n'a lieu que lorsque ce sont des biens immeubles qui ont été donnés au second mari. Lorsque c'est de l'argent, des marchandises ou d'autres meubles qui ont été donnés, si la somme donnée, ou celle à laquelle montait, lors de la donation, le prix des effets donnés, se trouve, lors de l'ouverture de la succession de la mère, excéder la valeur de la part de l'enfant le moins prenant, les enfants sont créanciers du second mari pour la restitution de cet excédant; leur créance n'est qu'une simple créance d'une somme d'argent contre le second mari, avec hypothèque sur ses biens [2], du jour de la donation, par laquelle il est censé s'être tacitement obligé à la restitution de cet excédant. Les enfants n'ont aucune action contre les tiers détenteurs d'aucuns des meubles compris dans la donation, et aliénés par le second mari; ils ont seulement un privilége sur ceux qui sont restés en nature au second mari, pour la créance de la somme d'argent qu'il leur doit [3].

« les fruits de ce qui excédera la portion disponible, à compter du jour « du décès du donateur, si la demande « en réduction a été faite dans l'année; « sinon, du jour de la demande. »

[1] L'art. 930, C. civ. (*V.* ci-dessus, p. 265, note 2), limite encore davantage l'exercice de l'action contre les tiers détenteurs, puisqu'il exige discussion préalable des biens personnels du donataire.

[2] C'est un droit de créance dépendant de la succession de la femme contre son mari, et la généralité des termes de l'art. 2121, C. civ., permet d'y appliquer l'hypothèque légale.

Art. 2121 : « Les droits et créances « auxquels l'hypothèque légale est attri« buée, sont,—*Ceux des femmes ma« riées, sur les biens de leur mari*;— « Ceux des mineurs et interdits, sur « les biens de leur tuteur; — Ceux de « l'Etat, des communes et des établis« sements publics, sur les biens des « receveurs et administrateurs comp« tables. »

[3] Ils n'auraient aujourd'hui aucun privilége.

ART. VI. — Comment et à quel titre se partagent les biens retranchés, et entre quelles personnes.

590. La portion des biens qui a été retranchée d'une donation de biens immeubles faite au second mari, par le partage qui s'est fait entre le second mari et les enfants après la mort de la donatrice, n'est point censée faire partie des biens de la donatrice; la mère desdits enfants s'étant, par la donation entre-vifs qu'elle a faite à son second mari, dépouillée de tous les biens compris en cette donation, il ne s'en est rien trouvé après sa mort dans sa succession. La portion que l'édit en a retranchée au profit des enfants, n'est pas tombée dans sa succession : les enfants, au profit desquels l'édit a fait le retranchement de cette portion, ne la tiennent que de l'édit; ils ne la tiennent point de la succession de leur mère; l'édit est le seul titre en vertu duquel elle leur appartient.

De là il suit, 1° que la portion retranchée doit être partagée entre tous les enfants, au profit desquels nous avons vu, en l'art. 4, que se faisait le retranchement, soit qu'ils aient renoncé à la succession de leur mère, soit qu'ils l'aient acceptée [1].

Observez néanmoins que, quoique les enfants ne partagent point à titre de succession la portion retranchée, et que ceux qui ont renoncé à la succession, y soient admis, ils la partagent néanmoins dans l'ordre des successions. C'est pourquoi les petits-enfants d'un fils ou d'une fille n'y sont admis qu'à défaut de leur père ou mère prédécédés; auquel cas ils la partagent par représentation et par souches.

591. Il suit, 2° de notre principe, que les enfants qui ont renoncé à la succession de leur mère, ou qui ne se sont portés ses héritiers que sous bénéfice d'inventaire, ne sont point tenus des dettes de leur mère, pour raison de la portion de bien qui a été retranchée à leur profit, de la donation faite au second mari; à moins que les créanciers ne fussent des créanciers antérieurs à la donation, qui auraient des hypothèques sur lesdits biens, ou en fraude desquels la donation aurait été faite.

Ils n'ont rien à craindre non plus des créanciers hypothécaires du second mari; car, par la réduction de la donation, le droit du second mari ayant été éteint sur la portion retranchée, le droit d'hypothèque qu'il y avait donné à ses créanciers, a été pareillement éteint, n'ayant pas pu leur donner plus de droit qu'il n'en avait lui-même. C'est le vrai cas de la règle : *Soluto jure dantis, solvitur jus accipientis*. La résolution du droit du second mari sur la portion retranchée, se fait *ex causâ antiquâ necessariâ et inhærente contractui*, puisque la donation n'avait pu lui être faite que sous la charge tacite du re-

---

[1] Nous comprenons que ces biens ne sont plus dans la succession du conjoint donateur en ce qui touche aux intérêts des créanciers et légataires; nous croyons même que, lorsque le retranchement sera demandé par les enfants, ces créanciers et légataires ne pourront en profiter, comme dans le cas des réductions ordinaires (art. 921, C. civ.); mais aussi nous ne pouvons admettre que les enfants aient droit de demander ce retranchement s'ils ne sont pas héritiers au moins bénéficiaires du conjoint donateur. S'ils ont renoncé à la succession, ils sont dès lors étrangers aux biens du défunt et aux dispositions qu'il a pu faire tant de son vivant, que par testament.

Art. 921 : « La réduction des dispositions entre-vifs ne pourra être demandée que par ceux au profit desquels la loi fait la réserve, par leurs héritiers ou ayants cause : les donataires, les légataires, ni les créanciers du défunt, ne pourront demander cette réduction, ni en profiter. »

tranchement qui a eu lieu. Cette résolution doit donc entraîner celle des hypothèques et de tous les autres droits réels qu'il aurait pu imposer sur la portion retranchée [1].

592. Il suit aussi de notre principe, que la part qu'un enfant a eue de la portion retranchée de la donation faite par sa mère au second mari, ne doit pas être imputée sur sa légitime. *Finge:* Une femme a fait une donation à son second mari, qui monte à vingt mille livres; elle a laissé encore quarante mille livres dans sa succession; elle a deux enfants; elle a fait l'aîné légataire universel. Pour fixer la légitime à laquelle le puîné se trouve réduit par ce legs universel, il faut faire par fiction une masse, tant des quarante mille livres qui sont restées dans la succession, que des vingt mille données au second mari, laquelle montera à soixante mille livres : la légitime du puîné, dans cette masse, est de quinze mille livres. La donation de vingt mille livres, faite au second mari, étant plus forte de cinq mille livres que la portion de l'enfant légitimaire, elle doit souffrir retranchement de cette somme de cinq mille livres. Lorsque le puîné voudra prendre en entier, dans les biens délaissés par sa mère, les quinze mille livres qui lui appartiennent pour sa légitime, l'aîné ne pourra pas l'en empêcher, en lui opposant qu'il doit imputer sur sa légitime la part qu'il a dans les cinq mille livres retranchées de la donation du second mari; car cet enfant légitimaire ne tient que de la loi ce qu'il en a eu : il ne le tient pas de sa mère, qui, bien loin de le lui donner le lui a voulu ôter, en le donnant à son second mari [2]; Ricard, part. 3, ch. 9, gl. 4, n° 1312.

593. La portion retranchée n'étant point partagée entre les enfants à titre de succession, le fils aîné héritier de sa mère a-t-il droit de prétendre son droit d'aînesse dans les biens nobles qui se trouvent dans la portion retranchée?

La question souffre difficulté. Il y a lieu de soutenir que l'aîné est fondé. Le retranchement que fait l'édit de ce qu'il y a d'excessif dans la donation faite au second mari, est, comme nous l'avons déjà dit ailleurs, une réparation du préjudice que la donation faite au second mari apporte aux enfants : d'où il suit que le préjudice que l'aîné a souffert dans la succession de sa mère, de la donation des biens féodaux faite au second mari, dans lesquels il aurait eu une plus grande part que ses frères et sœurs, étant plus grand que celui qu'ont souffert ses frères et sœurs, il est naturel qu'il ait une plus grande part dans le retranchement, qui est la réparation de ce préjudice; la part dans la réparation devant être proportionnée au préjudice souffert. Il paraît que c'était le sentiment de Ricard. On peut pour cela tirer argument de ce que cet auteur décide, (part. 3, ch. 9, gl. 6, n° 1390), « que l'aîné prend droit d'aînesse dans les biens que la femme est tenue de réserver aux enfants de son premier mariage, par le second chef de l'édit, quoiqu'ils n'y aient droit qu'en leur qualité d'enfants, et que ces biens ne soient proprement ni de la succession de leur mère, ni de celle de leur père. » Il y a même raison pour le décider à l'égard des biens retranchés, en vertu du premier chef [3].

594. Il reste, sur le partage de la portion retranchée, la question de savoir si le second mari doit être admis à la partager, et à y prendre la même part que celle qu'y prendra l'un des enfants.—La glose, sur la loi *Hâc edictali*, paraît décider pour l'affirmative : c'est aussi l'avis de Renusson, *Traité de la Communauté*, 4ᵉ part., ch. 3, n° 67. La raison de ces auteurs est que lorsque l'édit déclare que les femmes ne pourront donner à leurs seconds maris plus qu'à l'un

---

[1] Tout ce qui est dit ici à l'égard des créanciers du donateur et du donataire nous paraît sans difficulté.

[2] Pothier fonde toute cette doctrine sur l'idée que l'édit dispose de ces biens au profit des enfants; cette manière d'interpréter l'édit ne nous paraît pas possible sous l'empire du Code civil.

[3] Cette question ne peut se présenter aujourd'hui.

des enfants le moins prenant, l'intention du législateur est que le second mari ne puisse avoir plus que l'un des enfants le moins prenant; mais elle n'est pas qu'il ait moins. Néanmoins, si le second mari n'était pas reçu à partager avec les enfants la portion retranchée, il se trouverait qu'il aurait moins que l'enfant le moins prenant; car cet enfant a déjà dans les biens restés à la mère, et qui se trouvent dans sa succession, autant qu'a le second mari dans ce qui lui reste de la donation qui a été réduite à cette part. Si cet enfant, outre cela, prenait une part dans la portion de biens qui a été retranchée de la donation, sans que le second mari fût admis à prendre une pareille part, le second mari aurait moins que cet enfant, qui aurait de plus que lui sa part dans la portion retranchée.

Ricard, qui traite la question, part. 3, ch. 9, gl. 4, n[os] 1319 et suiv., est d'avis, nonobstant ces raisons, que le second mari ne doit point être admis à partager avec les enfants la portion retranchée de la donation. Il se fonde sur les termes de la loi *Hâc edictali*, § 6, *vers. fin. verò*, où il est dit : *Id quod relictum, vel donatum, vel datum fuerit, tanquam non scriptum, nec derelictum vel donatum, vel datum sit, ad personas deferri liberorum, et inter eos dividi jubemus.* Les empereurs n'appellent point le second mari au partage de cette portion qui doit être retranchée de sa donation.

Ricard se fonde aussi sur la novelle 22, cap. 27, dont les termes sont encore plus formels. Il y est dit : *Quod plus est in eo quod relictum, aut datum est, aut novercæ, aut vitrico, ac si neque scriptum, neque relictum, aut datum, vel donatum, competit filiis; et inter* EOS SOLOS *ex æquo dividitur, ut oportet.*

Les textes de ces lois doivent servir d'interprétation au premier chef de l'édit, qui a été tiré de ces lois, lesquelles sont expressément approuvées par le préambule de l'édit en ces termes : « A QUOI les anciens empereurs ont « voulu pourvoir par plusieurs bonnes lois et constitutions, et nous avons « LOUÉ ET APPROUVÉ icelles lois, etc. »

A l'égard de la raison apportée pour l'opinion contraire, Ricard répond en convenant que l'edit défend seulement à la femme de donner à son mari plus qu'à l'un de ses enfants le moins prenant dans sa succesion, qu'elle lui permet de lui en donner autant : mais que s'ensuit-il? Rien autre chose, sinon que toutes les fois qu'une donation faite au second mari, n'excédera pas la part que l'enfant le moins prenant a droit de prétendre dans la succession, cette donation sera valable, et ne sera sujette à aucune réduction.

Mais il ne s'ensuit pas que, lorsque la femme aura contrevenu à l'édit, en faisant à son second mari une donation plus forte qu'il ne lui était permis, ce qu'elle lui a donné de plus qu'il ne lui était permis, ne doive être, par forme de peine de sa contravention, retranché de la donation, et appliqué à ses enfants seuls, comme le dit la Novelle. On peut même dire qu'en ce cas, l'enfant le moins prenant n'a de sa mère rien de plus que le second mari; car ce qu'il a dans les biens retranchés de la donation, il ne le tient que de la loi : il ne le tient pas de sa mère, qui, au contraire, a voulu l'en dépouiller, pour le donner au second mari [1].

ART. VII. — Des donations de part d'enfant.

595. Il arrive souvent qu'une personne qui convole en secondes noces, au lieu de donner à sa seconde femme, ou à son second mari, de certains effets

[1] Mais ne peut-on pas dire que le donateur s'est trompé sur la véritable valeur de ses biens, et que son intention n'était pas de contrevenir à la loi; alors on ne voit plus de raison de considérer cette réduction comme une peine contre le conjoint donataire, qui puisse le priver de sa part.

déterminés, ou une certaine somme d'argent, lui donne par son contrat de mariage, en termes généraux, *une part d'enfant.*

Ces donations de *part d'enfant* ne sont pas proprement des institutions contractuelles d'héritier; car le second mari, donataire d'une part d'enfant, ne prend pas à titre d'héritier la part qui lui est donnée dans les biens de la succession de sa femme : il n'est pas héritier de cette part, il n'en est que donataire; et en conséquence il n'est pas tenu indéfiniment *et ultrà vires* pour cette part des dettes de la succession, comme l'est un héritier [1]; il n'en est tenu que jusqu'à concurrence de la part des biens dont il est donataire, qu'il peut abandonner pour se décharger de la part des dettes dont il est tenu en sa qualité de donataire.

Quoique les donations d'une *part d'enfant* ne soient pas proprement des institutions contractuelles, elles tiennent néanmoins beaucoup de ces institutions contractuelles : comme elles, elles deviennent caduques par le prédécès du donataire, avant la donatrice, ou le donateur. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du 13 avril 1688, rapporté par Renusson, en son *Traité de la Communauté,* part. 4, ch. 3, n° 72, et au *Journal du Palais.* La raison est, que la part d'enfant dans la succession de la donatrice, qui fait l'objet de la donation, est une chose qui ne commence à exister que lorsqu'il y a une succession, c'est-à-dire lors de la mort de la donatrice. Le donataire, avant ce temps, n'a qu'un droit informe; il ne peut avoir un droit formé à une chose qui n'existe pas encore : par conséquent, lorsqu'il meurt avant la donatrice, n'ayant encore alors acquis ni pu acquérir aucun droit à la chose donnée, qui n'existait pas encore, il n'y a rien qu'il ait pu transmettre à ses héritiers. Les donations étant faites à la personne du donataire que le donateur a eue seul en vue, le droit qui résulte d'une donation ne peut se former qu'en la personne du donataire. Lorsque le donataire meurt avant qu'il soit formé, il ne peut plus se former, après sa mort, en la personne de ses héritiers, puisqu'ils ne sont pas les personnes à qui la donation a été faite.

En cela une donation de *part d'enfant* est très différente de celle d'un corps certain, ou d'une somme déterminée. Le second mari acquiert, par son contrat de mariage, le droit de propriété du corps certain, ou le droit de créance de la somme que sa femme lui a donnée; et il transmet dans sa succession, lorsqu'il prédécède, ce droit de propriété ou de créance qui lui a été acquis.

596. De même que, dans les institutions contractuelles qui sont faites par contrat de mariage de l'un des futurs époux, on suppose une substitution vulgaire tacite des enfants nés de ce mariage, pour recueillir la succession à la place de l'institué, dans le cas auquel il prédécéderait [2]; on suppose de même dans une donation de part d'enfant faite par contrat de mariage au second

---

[1] Pothier semble supposer que les institutions contractuelles établissent de véritables héritiers et comme tels tenus des dettes *ultrà vires.* Sous l'empire du Code ce résultat peut être douteux, les rédacteurs ont même évité d'employer l'expression *d'institution contractuelle* ou *d'héritier institué;* ils ne parlent que de *donations de biens à venir* et de *donataire.*

[2] *V.* art. 1082, 2[e] alinéa, qui établit la même règle.

Art. 1082 : « Les pères et mères, les « autres ascendants, les parents collatéraux des époux, et même les étran« gers, pourront, par contrat de ma« riage, disposer de tout ou partie des « biens qu'ils laisseront au jour de leur « décès, tant au profit desdits époux, « qu'au profit des enfants à naître de « leur mariage, dans le cas où le do« nateur survivrait à l'époux dona« taire. — Pareille donation, quoique « faite au profit seulement des époux « ou de l'un d'eux, sera toujours, dans « ledit cas de survie du donateur, pré« sumée faite au profit des enfants et « descendants à naître du mariage.

mari, une substitution vulgaire tacite au profit des enfants qui naîtront du mariage, pour recueillir la donation de part d'enfant, en cas de prédécès du second mari donataire. C'est l'avis de Renusson [1], *ibid.*, 4e part., ch. 3, no 73. Comme cette opinion de Renusson pourrait peut-être souffrir quelque difficulté, les donations de part d'enfant n'étant pas favorables, il est plus sûr d'exprimer cette substitution dans le contrat de mariage.

597. Le second mari (ou la seconde femme) donataire d'une part d'enfant, a droit de prendre cette part dans tous les biens de la succession de la donatrice (ou du donateur), soit meubles, soit immeubles, soit acquêts, conquêts ou propres, sauf néanmoins dans certains biens mentionnés dans le second chef de l'édit, et dans les extensions que quelques coutumes y ont faites, et dont nous traiterons dans les sections suivantes. Le second mari ou la seconde femme donataire de part d'enfant, ne peut prendre aucune part dans ces sortes de biens.

La part du second mari donataire de part d'enfant, se règle sur le nombre des enfants qui se trouvent appelés à la succession lors de la mort de la donatrice. Par exemple, s'il y en a six, la part du second mari sera un septième.

598. Lorsque la donatrice est morte sans laisser d'enfant, ceux qu'elle avait étant tous prédécédés, quoique la donation qu'elle aurait faite à son second mari de tous ses biens, eût été en ce cas valable, néanmoins lorsque c'est *une part d'enfant* qu'elle lui a donnée, le donataire *de part d'enfant* ne peut pas prétendre le total des biens de la donatrice; car une *part* n'est pas le total.

Quelle sera donc la part qui sera censée en ce cas faire l'objet de la donation? Ricard, part. 3, ch. 9, gl. 4, no 1281, pense qu'en ce cas, la part que doit avoir le second mari, donataire de part d'enfant, est la moitié de tous les biens indistinctement, quels qu'ils soient. Son avis est fondé sur ce que le terme *part* lorsqu'il est indéfini, se prend, dans le langage ordinaire, pour la moitié : *Partis appellatio, non adjectâ quotâ, dimidia intelligitur;* L. 164, § 1er, ff. *de Verb. signif.* Denisart (vo *Noces*, no 24) cite un arrêt de 1763 (21 juin), qui l'a jugé.

599. Lorsque la donatrice n'a laissé qu'un fils unique, ce fils, dans le partage des biens féodaux qu'il fait avec le second mari, donataire de part d'enfant, doit-il avoir un droit d'aînesse, tel qu'il l'aurait eu s'il eût partagé la succession avec un autre enfant?

Pour la négative, on peut dire que le droit d'aînesse dans une succession, étant l'avantage que la loi donne à l'aîné sur ses frères et sœurs, il ne peut y avoir de droit d'aînesse, lorsqu'il n'y a qu'un enfant unique.—On dit au contraire pour l'affirmative, qu'une donation de part d'enfant, est la donation de la part qu'aurait eue un autre enfant, si la donatrice en eût laissé un autre que celui ou ceux qu'elle a laissés; or, un autre enfant n'aurait eu que le tiers des biens nobles, après qu'on en aurait prélevé le manoir et le vol du chapon : le second mari n'en doit donc pas avoir davantage [2].

---

[1] L'article 1093 du Code civil nous paraît contraire à l'avis de Renusson.

Art. 1093 : « La donation de biens à « venir, ou de biens présents et à venir, « faite entre époux par contrat de ma- « riage, soit simple, soit réciproque, « sera soumise aux règles établies par « le chapitre précédent (*V.* art. 1090, « C. civ. et suiv., concernant les dona- « tions faites par contrat de mariage aux « époux et aux enfants à naître du « mariage), à l'égard des donations pa- « reilles qui leur seront faites par un « tiers; sauf qu'elle ne sera point « transmissible aux enfants issus du « mariage, en cas de décès de l'époux « donataire avant l'époux donateur. »

[2] Nos lois n'admettent plus de droit d'aînesse.

600. Lorsque la donatrice n'a laissé que deux enfants, un aîné et un puîné, la part que le second mari doit avoir dans les biens nobles que la donatrice a laissés à son décès, après qu'on en a prélevé le manoir et le vol du chapon, doit être le quart :—1° parce que c'est la part qu'eût eue un autre enfant, s'il y en eût eu un de plus ;—2° parce qu'en assignant au second mari cette portion, la loi qui règle la part du second mari à celle de l'enfant le moins prenant dans la succession, et la loi qui attribue à l'aîné les deux tiers dans les biens nobles de la succession, outre le manoir et le vol du chapon, lorsqu'il n'y a que deux enfants, se trouvent l'une et l'autre exécutées. C'est ce qu'il est facile de faire voir.

Il faut observer pour cela que la succession de la mère dans les biens nobles par elle délaissés à son décès, n'est composée que de ce qui en reste après distraction faite de la portion donnée dans lesdits biens au second mari ; car ce qui a été donné, ne fait plus partie de la succession de la mère. En faisant donc dans les biens nobles délaissés par la donatrice, la distraction du quart pour la portion donnée au second mari, il ne se trouvera plus dans la succession de la mère, qui est à partager entre ses deux enfants, que les trois quarts desdits biens nobles à partager entre l'aîné et le puîné. L'aîné en prend les deux tiers, qui font deux quarts, ou la moitié au total ; le puîné prend l'autre tiers de ces trois quarts, qui est un quart au total, laquelle part du puîné se trouve égale à celle du second mari.

601. Il y a plus de difficulté sur la fixation de la portion d'enfant dans les biens nobles, lorsque la donatrice a laissé plus de deux enfants. Par exemple, je suppose que la donatrice a laissé cinq enfants, un aîné et quatre puînés ; doit-on dire tout uniment que la portion d'enfant du second mari donataire, doit être celle qu'y aurait eue un sixième enfant ; c'est-à-dire un cinquième en la moitié, qui est un dixième au total ?—Cette décision a un inconvénient ; la portion que le second mari, donataire d'une part d'enfant, prend dans les biens délaissés par la donatrice à son décès, ne fait pas partie de la succession de la donatrice ; cette portion en a été distraite par la donation qui en a été faite au donataire ; et la succession de la donatrice n'est proprement composée que de ce qui reste des biens délaissés par la donatrice à son décès, après distraction faite de la portion donnée au second mari. Ayant donc distrait un dixième des biens nobles délaissés par la donatrice à son décès, pour la portion donnée au second mari, la succession n'est plus composée que des neuf dixièmes desdits biens nobles. En donnant cinq dixièmes à l'aîné dans les neufs dont la succession est composée, et un dixième à chacun des quatre puînés, l'aîné se trouvera avoir plus de la moitié des biens nobles, dont la succession est composée, outre le manoir et le vol du chapon ; ce qui est contraire à la loi des fiefs sur le droit d'aînesse, qui ne donne à l'aîné que la moitié, outre le manoir et le vol du chapon, lorsqu'il y a plus de deux enfants.

Le système qui donne au second mari, donataire de part d'enfant, précisément et tout uniment, la même part qu'eût eue un autre enfant, s'il y en eût eu un de plus, souffre encore un autre inconvénient, en ce qu'il fait porter aux puînés seuls tout le préjudice qui résulte de la donation, sans que l'aîné en porte rien ; ce qui est contraire à un autre principe de la matière du droit d'aînesse, qui est, qu'un aîné ne peut, à la vérité, souffrir des donations des biens nobles qui sont faites à ses puînés ; mais il souffre, comme ses puînés, des donations qui sont faites à des étrangers, tel qu'est un second mari. Chacun des enfants en souffre, à proportion de la part qu'il eût eue dans les biens donnés, s'ils fussent restés dans la succession, et n'eussent pas été donnés : l'aîné qui en eût eu la moitié, doit trouver cette moitié de moins dans les biens de la succession [1].

---

[1] Nos lois ne distinguent plus les biens en nobles et de roture.

Je crois avoir trouvé une manière de fixer la portion du second mari, donataire de part d'enfant, dans les biens nobles que la donatrice a laissés à son décès.

Je l'ai déjà expliquée dans mon Introduction au titre 10 *de la Coutume d'Orléans*, ch. 9, art. 1er, § 4. Je pense que, lorsque la donatrice a laissé plus de deux enfants venant, ou ayant droit de venir à la succession, parmi lesquels il y a un aîné, pour fixer et déterminer la portion que doit avoir le second mari dans les biens nobles, suivant les coutumes de Paris, d'Orléans et autres semblables, il faut, dans les biens nobles que la donatrice a laissés à son décès, distraction préalablement faite du manoir et vol du chapon, faire deux fois autant de portions qu'il y a de puînés, plus une. Par exemple, si la donatrice a laissé cinq enfants, savoir, un aîné et quatre puînés, il faut faire dans lesdits biens neuf portions, et en donner une au second mari : l'aîné, dans les huit neuvièmes restant qui composent la succession, aura quatre neuvièmes, ce qui fait précisément la moitié des biens nobles dont la succession se trouve composée : chaque puîné aura un neuvième, qui est une part égale à celle du second mari. Le préjudice que la donation d'une neuvième portion faite au second mari, porte à la succession, est porté pour une moitié par l'aîné, lequel, au lieu de la moitié au total qu'il eût eue, si la donation n'eût pas été faite, n'a que quatre neuvièmes, qui font un dix-huitième de moins que la moitié : il souffre par là pour moitié le préjudice que la donation du neuvième, faite au second mari, porte à la succession, le dix-huitième étant la moitié du neuvième. Par ce moyen, tous les principes, tant sur la matière des donations de part d'enfant, que sur celle du droit d'aînesse, se trouvent conciliés.

On peut faire une opération semblable dans les coutumes qui donnent à l'aîné une portion plus grande que dans celle de Paris. Par exemple, dans celles qui donnent les deux tiers à l'aîné, il faudra faire trois fois autant de portions qu'il y a de puînés, plus une. S'il y a cinq enfants, un aîné et quatre puînés, il faudra faire treize portions; donner au second mari un treizième; et des douze treizièmes restants, en donner huit treizièmes à l'aîné, et un à chaque puîné.

602. Le second mari n'a la portion fixée par ces opérations, que lorsque la donatrice a laissé à chacun de ses enfants la portion que la loi leur défère. Si elle les avait réduits, ou l'un d'eux, à une moindre portion, celle du second mari, qui ne peut pas l'excéder, diminuerait d'autant. Par exemple, si une femme qui a donné part d'enfant à son second mari, avait, dans la coutume de Paris, laissé une succession de biens nobles et cinq enfants, et qu'elle eût réduit chacun de ses quatre puînés, ou seulement l'un d'eux, à sa légitime, qui est un seizième au total, moitié du huitième que chacun des quatre puînés eût eu, s'il n'y avait eu aucune donation de faite, la portion du mari ne sera pareillement que d'un seizième.

603. Il reste une question sur le partage qui est à faire entre les enfants et le second mari, donataire d'une part d'enfant. Je suppose qu'une femme laisse deux enfants et le second mari, donataire de part d'enfant : il reste de net, dans les biens par elle délaissés à son décès, soixante mille livres. Cette femme, depuis la donation faite au second mari, avait fait donation à l'un de ses enfants d'une somme de quinze mille livres, qu'elle lui avait payée comptant. Suffit-il, pour remplir le second mari de sa part d'enfant, de lui délivrer le tiers des biens que la femme a laissés à son décès? Le second mari peut-il, en outre, prétendre sa part dans les quinze mille livres que l'enfant donataire est obligé de rapporter à la succession?—Pour la négative, on dira que le rapport n'est établi qu'en faveur des cohéritiers, pour conserver l'égalité entre eux; l'enfant donataire ne le doit qu'à son cohéritier : le second mari, qui est un donataire étranger, n'y peut donc rien prétendre. Néanmoins il faut décider que, lorsque les donations faites aux enfants sont postérieures à celle

qui a été faite au second mari, le second mari doit y prendre part. La raison est que cette donation faite au second mari, étant une donation irrévocable, il ne doit pas être au pouvoir de la femme de la détruire, d'y donner atteinte, d'en anéantir, ou même d'en diminuer l'effet par des donations qu'elle ferait depuis à ses enfants. Il est donc nécessaire, pour empêcher la donatrice d'y donner atteinte, de faire rapporter au profit du second mari, aussi bien que de ses cohéritiers, et de donner au second mari la part qu'il y aurait eue, si les donations n'eussent pas été faites[1]. C'est un point jugé par un arrêt du 2 avril 1683, rapporté au *Journal des Audiences* (t. 3, liv. 9, ch. 11).

SECT. II. — Du second chef de l'édit.

604. Par le second chef de l'édit de François II, il est défendu aux femmes de rien donner à leur second mari des avantages qu'elles ont eus de leur précédent mariage; et il est pareillement défendu aux hommes de rien donner desdites choses à leur seconde femme.

Voici les termes de l'édit : « Au regard des biens à icelles veuves acquis par « *dons* et libéralités de leurs défunts maris, icelles n'en peuvent et ne pour- « ront faire part à leur nouveau mari; ains elles seront tenues les réserver « aux enfants communs d'entre elles et leurs maris, de la libéralité desquels « iceux biens leur seront advenus : le semblable voulons être gardé ès biens « qui sont venus aux maris par dons et libéralités de leurs défuntes femmes, « tellement qu'ils n'en pourront faire don à leur seconde femme; mais seront « tenus les réserver aux enfants qu'ils auront eus de leur première. »

Cette seconde disposition de l'édit est tirée de la constitution des empereurs Gratien, Valentinien et Théodose, en la loi *Fœminæ*, 3, Cod. *de Sec. nupt.*, où il est dit : *Fœminæ quæ susceptis ex priore matrimonio filiis ad secundas transierunt nuptias, quidquid ex facultatibus priorum maritorum, sponsalium jure, etiam ex nuptiarum solemnitate perceperunt, aut quidquid mortis causâ donatum, aut testamento.... vel cujuslibet munificæ liberalitatis præmio ex bonis priorum maritorum fuerint assecutæ; id totum, ità ut perceperint, integrum ad filios quos ex præcedente conjugio habuerint, transmittant, vel ad quemlibet ex filiis (prioris matrimonii)...... habeant facultatem possidendi tantùm, atque fruendi in diem vitæ, non etiam facultate alienandi concessâ.*

Par la loi 5, Cod. *eod. tit.*, Théodose et Valentinien étendent aux hommes qui convolent en secondes noces, ce qui avait été ordonné à l'égard des femmes par la loi précédente : ils ordonnent en conséquence, que les hommes qui convolent en secondes noces, soient tenus de conserver aux enfants de leur premier mariage, les biens qui leur sont parvenus de leur femme par leur premier mariage; ils en attribuent même expressément la propriété auxdits enfants : *Dominium rerum quæ liberis per hujus legis vel præteritarum auctoritatem servantur, ad liberos pertinere decernimus; itaque defuncto eo qui eas res liberis servabat extantes...... vindicabunt, consumptas ab hæredibus ejus exigent.* Ils permettent néanmoins encore par cette loi, au parent qui s'est remarié, de distribuer à son gré lesdits biens aux enfants de son premier mariage, auxquels il est tenu de les conserver.

Justinien, par ses novelles 2, cap. 1, et 22, cap. 25, a privé le parent qui s'était remarié, du droit de distribuer à son choix, entre les enfants du premier mariage, les biens qu'il est tenu de leur réserver[2].

---

[1] Nous croyons qu'il en serait de même aujourd'hui.

[2] Notre Code, qui s'occupe beaucoup moins que les anciennes lois, de l'origine des biens, n'a point renouvelé ce chef de l'édit.

Pour traiter avec ordre ce qui concerne le second chef de l'édit, nous verrons, dans un premier article, quels sont les avantages des précédents mariages qui sont sujets à la disposition de l'édit.—Nous traiterons dans un second, de l'espèce de substitution légale dont l'édit charge la femme ou l'homme qui ont passé à de secondes noces, par rapport aux biens provenus desdits avantages.—Nous verrons dans un troisième, quels sont les enfants qui sont appelés à recueillir cette substitution.—Enfin, dans un quatrième, nous verrons quand elle s'éteint.

ART. Ier. — Quels avantages du premier mariage sont sujets au second chef de l'édit.

605. Quoique l'édit se serve de ces termes, « au regard des biens à icelles veuves acquis par *dons et libéralités* de leurs défunts maris, » néanmoins nous ne comprenons pas seulement dans cette seconde disposition de l'édit, ce qu'une femme a acquis à titre de donation formelle et proprement dite, à elle faite par ses précédents maris ; mais encore tout ce qui lui est provenu des avantages résultant des conventions matrimoniales de ses précédents mariages, et en général tous les biens dont ses précédents maris ont disposé directement ou indirectement à son profit, à titre gratuit.

D'après ce principe, on peut entrer dans le détail des différents avantages qui doivent être sujets au second chef de l'édit.

606. On demande si ce qu'une femme a eu en propriété des biens de son premier mari à titre de douaire, y est entièrement sujet, ou seulement jusqu'à concurrence de ce qu'il excéderait la valeur du coutumier. La raison de douter, est que c'est la loi qui donne aux femmes un douaire : celui qu'un mari donne à une femme, n'est, jusqu'à la concurrence de la valeur du douaire coutumier, qu'un équivalent de celui que la loi lui donne, et n'est proprement ni un don, ni une libéralité qu'il lui fait ; qu'en conséquence on a décidé, à l'égard du premier chef de l'édit, que le douaire qu'un homme donnait à sa seconde femme, n'était sujet à la réduction du premier chef de l'édit que jusqu'à concurrence de ce qu'il excéderait le coutumier.

Nonobstant ces raisons il faut décider avec Ricard, part. 3, ch. 9, gl. 5, n° 1343, que les biens qu'une femme a eus à titre de douaire de son premier mari, sont sujets au second chef de l'édit, et qu'ils doivent être réservés en entier aux enfants du premier mariage. Le douaire que la loi donne aux femmes n'est qu'un usufruit : ce n'est donc pas de la loi, c'est de son premier mari que la femme tient la propriété des biens qu'il lui a donnés à titre de douaire, et c'est à un titre gratuit, puisqu'elle n'a rien donné du sien pour les avoir ; ce qui suffit, suivant notre principe, pour qu'ils soient compris dans la réserve du second chef de l'édit.

Lorsque le douaire consiste en usufruit, il est évident que la femme ne peut pas réserver après sa mort, aux enfants de son premier mariage, ce qui s'éteint par sa mort.

607. Le préciput conventionnel, accordé à la femme par le contrat de son premier mariage, est aussi un avantage sujet au second chef de l'édit, pour la moitié, en cas d'acceptation de communauté. Si elle a eu un préciput en renonçant à la communauté, ce préciput, en ce cas, est un avantage pour le total, et est sujet pour le total à la réserve du second chef de l'édit.

Pareillement le préciput de l'homme est, pour la moitié, un avantage qu'il est censé avoir eu dans les biens de sa défunte femme, si les enfants ont accepté la communauté : s'ils y ont renoncé, il n'y a plus de préciput.

Il en est autrement du préciput légal que quelques coutumes accordent aux nobles : le survivant ne tient rien à cet égard du prédécédé, ni des biens du prédécédé ; c'est un avantage purement légal que la loi lui donne au partage

de la communauté, qui ne peut par conséquent être sujet à la réserve de l'édit: Ricard, part. 3, ch. 9, gl. 5, nos 1340 et 1341.

608. L'avantage qui résulte à une femme de ce que son défunt mari a apporté de plus qu'elle à la communauté, paraît aussi, lorsqu'elle l'a acceptée, être un avantage sujet au second chef de l'édit, pour la moitié de ce qu'il a apporté de plus qu'elle [1].

Il en est de même de celui qui résulte à l'homme de ce que sa défunte femme a apporté de plus que lui en communauté; c'est un avantage pour la moitié, si les enfants ont accepté la communauté, et même pour le total, lorsqu'ils y ont renoncé, et qu'il n'y avait pas clause de reprise de cet apport à leur profit; Ricard, *ibid.*, n° 1347.

609. Suivant la loi 3, § 1, Cod. *de Sec. nupt.* les biens qu'une femme qui a convolé en secondes noces, recueillait des successions de quelques-uns de ses enfants de son premier mariage, doivent être par elle réservés aux autres enfants de son premier mariage; la loi ne lui en laissait que la jouissance. Théodose le jeune et Valentinien II, par la loi *ad S. C. Tertyll.*, avaient restreint cette loi, en ne comprenant pas dans la réserve généralement tous les biens que la mère avait eus desdites successions, mais seulement ce que les enfants auxquels elle avait succédé, avaient eu du bien de leur père.

Justinien, après avoir aboli ce droit par sa novelle 2, cap. 3, l'avait rétabli par sa novelle 22, cap. 46; mais seulement pour le cas auquel la mère avait succédé *ab intestato* à ses enfants; *secùs*, lorsque la succession était une succession testamentaire [2].

Nous n'avons pas admis en pays coutumier cette réserve des biens auxquels la femme qui a convolé en secondes noces, a succédé à quelqu'un de ses enfants du premier mariage; quoiqu'ils viennent du premier mari par le canal de cet enfant, elle ne les tient point de son premier mari; elle ne les tient point de son premier mariage; le titre de succession auquel ils lui sont échus, est un titre tout différent. C'est ce qui a été jugé par un arrêt (du 7 septembre 1603) cité par Ricard, *ibid.*, n° 1363, rendu *consultis classibus*.

610. Il en est de même des biens meubles de la succession du premier mari, que sa veuve, qui a convolé en secondes noces, a eus en qualité de gardienne noble des enfants de son premier mariage; ils ne sont point sujets à la réserve de l'édit. Cette femme ne les tient pas de son premier mari; elle ne les a pas recueillis comme biens de son premier mari, mais comme biens de ses enfants, qui lui appartenaient à titre de garde noble.

La même décision a lieu à l'égard du gardien noble qui a convolé à de secondes noces.

611. A plus forte raison la réparation civile qui a été adjugée à une femme contre le meurtrier de son premier mari, n'est pas sujette à la réserve du second chef de l'édit; car cette femme ne l'a eue ni d'un don de son mari, ni même des biens de son mari. Ricard, *ibid.*, n° 1348, cite deux arrêts de Toulouse (l'un du 31 janvier 1577, l'autre rendu en 1580), qui l'ont ainsi jugé.

612. Ce qui a été donné, soit à un homme, soit à une femme, par son contrat de mariage, et en faveur de son mariage, par autre que par son mari, n'est pas non plus un avantage qui doive être conservé aux enfants de ce mariage, lorsque cet homme ou cette femme se remarie. L'édit s'explique en ces termes: *Au regard des biens à icelles veuves acquis des dons et libéralités de leurs défunts maris.* Ces termes ne comprennent que ce qui a été donné à ces veuves *par leurs défunts maris;* ils ne peuvent s'appliquer à ce qui leur a été donné par d'autres; Ricard, *ibid.*, n° 1352.

---

[1] C'était donner à ce chef de l'édit une grande extension.

[2] Toutes ces dispositions étaient fort arbitraires.

ART. II. — De l'espèce de substitution légale dont l'édit charge la femme ou l'homme qui se remarie.

613. L'édit ordonne, à l'égard des biens acquis par les veuves des dons et des libéralités de leurs défunts maris, *qu'elles seront tenues les réserver aux enfants communs d'entre elles et leurs maris, de la libéralité desquels lesdits biens seront advenus* [1].

Par ces termes, *seront tenues les réserver*, l'édit charge la femme d'une espèce de substitution fidéicommissaire envers les enfants de ce mariage.

La loi feint, en faveur desdits enfants, que le premier mari n'a donné à sa femme les biens qu'il lui a donnés, que sous la condition tacite que, dans le cas où elle convolerait à un autre mariage, elle serait tenue de les restituer après sa mort à leurs enfants communs. La supposition de cette charge est fondée sur ce qu'il y a lieu de présumer que si le premier mari eût prévu que sa femme se remarierait, il aurait apposé cette charge à sa donation, et n'aurait pas voulu souffrir que la femme pût faire passer dans des familles étrangères, au préjudice de leurs enfants communs, aucune chose de ce qu'il lui donnait.

Quid, si le premier mari avait expressément permis à sa femme de disposer librement des choses qu'il lui avait données, et qu'il eût, pour cet effet, déclaré qu'il lui faisait remise des peines de l'édit des secondes noces? — Il a été jugé par un arrêt(du 19 août 1715) rendu en forme de règlement, cité par Denisart (v° *Noces*, n° 26), que ces remises des peines de l'édit étaient nulles, et n'avaient aucun effet: c'est pourquoi, même en ce cas, la femme qui se remarie, est censée chargée de restituer, après sa mort, aux enfants de son premier mariage, tout ce qu'elle a eu de la libéralité de son premier mari. Si ce n'est pas lui en ce cas qui l'en a chargée, c'est la loi qui l'en charge à sa place, et qui supplée à ce que le devoir de la piété paternelle pour les enfants exigeait qu'il fît pour eux.

Ces termes: *seront tenues les réserver*, donnent aussi à entendre que l'édit n'a pas intention de dépouiller de son vivant la femme qui a convolé en secondes noces, des biens qui lui sont venus de son premier mari, et qu'il se contente de la charge, par rapport auxdits biens, d'une substitution qui ne doit être ouverte que lors de sa mort.

Cette femme demeure donc jusqu'à sa mort, qui doit donner ouverture à la substitution, propriétaire des biens compris dans cette substitution légale: les enfants du premier mariage, au profit desquels elle est faite, n'y ont, jusqu'à ce temps, aucun droit: c'est pourquoi ceux qui prédécèdent leur mère, n'en peuvent rien transmettre dans leur succession.

Lors de la mort de la femme, qui donne ouverture à cette espèce de substitution, les enfants du premier mariage recueillant ces biens en vertu de cette substitution légale, sont censés les tenir, non de leur mère, mais de leur père, qui est censé avoir fait tacitement à leur profit cette substitution, et en avoir chargé leur mère par la donation qu'il lui a faite. Cela est conforme à ce principe de droit, que, dans toutes les substitutions fidéicommissaires, les substitués sont censés tenir les biens compris en la substitution, non de la personne grevée, mais de l'auteur de la substitution, c'est-à-dire, de la personne qui a fait la substitution à leur profit: *Accipiunt à gravante, non à gravato* [2].

614. De ce principe suivent plusieurs corollaires.

Corollaire premier. — Les immeubles que la femme qui a convolé en secondes noces, tenait des dons et avantages à elle faits par son premier mari, et qu'elle est tenue, en conséquence, réserver à ses enfants du premier mariage,

---

[1] Rien de semblable ne se retrouve dans le Code.

[2] Ce principe est en pleine vigueur dans les substitutions.

sont en la personne desdits enfants, qui les ont recueillis à la mort de leur mère, des propres paternels. C'est une suite de notre principe, que lesdits enfants les tiennent de leur père, qui est censé ne les avoir donnés à leur mère qu'à la charge de les leur rendre. C'est ce qu'enseigne Dumoulin, sur l'art. 147 de la coutume de Paris, n° 6. Il décide pareillement, à l'égard de l'homme qui a convolé à de secondes noces, que les immeubles qui lui ont été donnés par sa première femme, sont, après sa mort, en la personne des enfants de la première femme, des propres maternels [1].

615. *Corollaire II.*— Les biens que la femme qui a convolé en secondes noces, est tenue de réserver aux enfants de son premier mariage, ne s'imputent point sur la légitime qui leur est due dans les biens de leur mère. C'est encore une suite de notre principe, qu'ils ne les tiennent pas de leur mère, mais de leur père, qui est censé ne les avoir donnés à leur mère qu'à la charge de les leur rendre.

Il faut décider la même chose à l'égard de l'homme qui a convolé en secondes noces.

616. *Corollaire III.* — La femme qui s'est remariée, ne peut obliger ni aliéner les immeubles qui lui viennent des dons que lui en a faits son premier mari, si ce n'est à la charge de la substitution légale dont elle est tenue envers les enfants de son premier mariage ; car ne les tenant qu'à cette charge, elle ne peut transférer à d'autres sur lesdits biens plus de droit qu'elle n'en a elle-même. C'est pourquoi, lorsque la substitution légale est ouverte par sa mort au profit des enfants de son premier mariage, les hypothèques dont elle avait chargé lesdits biens, s'évanouissent, et les enfants peuvent revendiquer sur les tiers détenteurs, les immeubles compris dans cette substitution, lorsqu'elle les a aliénés.

Lorsque c'est à titre de donation que la femme a aliéné les héritages compris dans cette substitution légale, les enfants du premier mariage, au profit de qui la substitution légale a été ouverte, peuvent les revendiquer contre les tiers détenteurs, non-seulement lorsqu'ils ont renoncé à la succession de leur mère, mais même dans le cas auquel ils seraient ses héritiers ; car la donation étant un titre qui n'oblige pas le donateur, ni par conséquent ses héritiers, à la garantie de la chose donnée, la qualité de leur mère, qui a aliéné ces héritages à titre de donation, ne peut être un obstacle au droit qu'ont de leur chef ces enfants de les revendiquer.

Mais si les enfants du premier mariage étaient héritiers de leur mère, et qu'elle eût vendu ou aliéné ces biens à quelque autre titre onéreux qui donne lieu à la garantie, lesdits enfants étant en ce cas tenus, pour la part dont ils sont héritiers de leur mère, de la garantie qui est due à l'acquéreur, ils ne seraient pas recevables pour cette part à les revendiquer, suivant la règle: *Quem de evictione tenet actio, eum agentem repellit exceptio.*

On opposera peut-être que, par l'ordonnance des substitutions, part. 2, art. 31, les substitués au profit de qui une substitution a été ouverte, quoiqu'ils soient héritiers du greve qui a aliéné des biens compris en la substitution, sont néanmoins reçus à revendiquer les biens compris en la substitution qu'il a aliénés, en offrant de rembourser l'acquéreur du prix qu'il a payé, et des loyaux coûts. La réponse est que cette disposition de l'ordonnance étant établie pour les véritables substitutions par une raison de faveur particulière, contre les principes du droit, et formant *jus singulare contra rationem juris introductum*, elle ne doit pas être étendue à des substitutions fictives et légales; d'autant plus qu'il y a, à cet égard, une grande différence entre ces

---

[1] Nos lois ne reconnaissent plus la distinction des biens en propres et en acquêts.

substitutions légales et les véritables substitutions. Celles-ci, par leur publication et insinuation, sont réputées devoir être connues de ceux qui acquièren d'un grevé : ces acquéreurs sont censés avoir bien voulu courir le risque de l'éviction dans le cas de la substitution, dont ils avaient ou devaient avoir connaissance. Il n'en est pas de même de ces substitutions légales : ceux qui acquièrent des biens d'une femme qui a convolé en secondes noces, ne sont pas obligés de savoir quels sont ceux qu'elle est obligée de réserver aux enfants de son premier mariage.

617. Observez que les enfants du premier mariage peuvent revendiquer les héritages donnés à la mère par leur père, quoiqu'elle les ait aliénés avant son second mariage ; car ces héritages lui ayant été donnés sous la condition tacite de les restituer à ses enfants du premier mariage, elle est censée y être obligée par l'acte même de la donation qui lui en a été faite. C'est pourquoi, quoiqu'elle n'eût pas encore convolé à un autre mariage lorsqu'elle les a aliénés, elle était néanmoins dès lors obligée à les restituer, dans le cas auquel elle convolerait : les biens étaient dès lors affectés à cette restitution, si le cas de convol arrivait : la condition étant depuis arrivée, elle a un effet rétroactif qui donne aux enfants le droit de revendiquer lesdits biens après la mort de leur mère.

618. *Corollaire IV.*—Lorsque c'est d'une somme d'argent ou d'effets mobiliers que la femme qui a convolé en secondes noces a été avantagée par son premier mari, ce ne sont pas ces choses en nature qu'elle est obligée de réserver aux enfants de son premier mariage ; c'est une somme pareille à celle qu'elle a reçue, ou la valeur des effets mobiliers qu'elle a reçus, eu égard à ce qu'ils valaient au temps de la donation. Les enfants, pour la restitution de cette somme, ont hypothèque sur les biens de leur mère, du jour de l'acte qui renferme la donation ou l'avantage ; car la donation étant censée lui avoir été faite à la charge de cette restitution, dans le cas auquel elle se remarierait, elle est censée l'avoir acceptée à cette charge, et s'être obligée par cet acte à cette restitution.

619. *Corollaire* V. — La femme qui a convolé en secondes noces, ne peut avantager, après sa mort, l'un de ses enfants de son premier mariage, plus que les autres enfants dudit mariage, dans les biens qu'elle a eus de son premier mari, qu'elle est tenue de leur réserver : c'est encore une suite du principe que les enfants ne tiennent point ces biens de leur mère.

C'est une différence qui est à remarquer entre l'édit et les lois du Code que nous avons ci-dessus rapportées. Celles-ci laissaient, soit à la femme, soit à l'homme qui avaient convolé en secondes noces, la faculté de choisir entre les enfants de leur premier mariage, ceux auxquels ils restitueraient les biens qu'elles leur ordonnaient de leur restituer ; mais l'édit ordonne purement et simplement que la femme ou l'homme qui convolent, réserveront aux enfants de leur premier mariage. La substitution est faite indistinctement à tous ; la femme ou l'homme, qui en sont grevés, ne peuvent pas prétendre le droit de choisir entre ces enfants ; l'édit ne leur a pas accordé ce droit, puisqu'il n'en fait aucune mention.

620. *Corollaire* VI. — Les biens que l'édit ordonne à la femme qui a convolé en secondes noces, de réserver aux enfants de son premier mariage, doivent tellement appartenir après sa mort à ces seuls enfants, que ceux de tous les autres mariages n'y peuvent rien prétendre, quand même leur mère n'aurait laissé aucuns autres biens dans lesquels ils pussent avoir une légitime. C'est encore une suite de nos principes : ces biens étant censés n'avoir été donnés à la femme par son premier mari qu'à la charge qu'en cas de convol à de secondes noces, elle les restituerait après sa mort aux enfants du premier mariage, cette restitution est une véritable dette de sa succession ; or la légitime ne peut se prendre que sur ce qui reste des biens après les dettes acquit-

tées; et s'il ne reste rien, les enfants n'ont rien à prétendre pour leur légitime.

Il reste une question. Les enfants du second mariage n'ayant aucune part dans les biens qui sont parvenus à leur mère, des dons et avantages à elle faits par son premier mari, sont-ils bien fondés à prétendre que ceux du premier mariage ne doivent pareillement avoir aucune part dans ceux qui sont parvenus à leur mère des dons et avantages à elle faits par son second mari, lorsqu'elle n'a pas convolé à de troisièmes noces ?

Les enfants du second mariage ne sont pas fondés dans cette prétention ; leur mère n'ayant pas convolé à un troisième mariage n'a pas été obligée de leur réserver et restituer les biens qu'elle a eus des dons et avantages à elle faits par leur père : ces biens se trouvent dans la succession de leur mère, de même que tous ses autres biens libres, auxquels tous les enfants, tant du premier que du second mariage, ont un égal droit.

Mais si la mère avait convolé à un troisième mariage, ayant contracté par ce convol l'obligation de réserver et de restituer après sa mort, aux enfants de son second mariage, les biens qu'elle a eus des dons et avantages à elle faits par son second mari, lesdits biens devraient en ce cas appartenir aux seuls enfants du second mariage, à l'exclusion de ceux tant du premier que du troisième.

621. Tout ce qui a été dit dans cet article, par rapport à la substitution légale dont la femme qui convole à un second ou autre mariage, est censée chargée, s'applique pareillement à l'homme qui a convolé.

ART. III. — Quels sont les enfants qui sont appelés à recueillir la substitution légale établie par le second chef de l'édit. L'aîné y prend-il son droit d'aînesse, et quand s'éteint-elle ?

§ I[er]. *Quels sont les enfants qui sont appelés* [1] *?*

622. Suivant les termes de l'édit, *les veuves qui auront acquis des biens par dons et libéralités de leurs défunts maris.... seront tenues les réserver aux enfants communs d'entre elles et leurs maris, de la libéralité desquels iceux biens leur seront advenus.*

Cette substitution légale est donc déférée par l'édit aux seuls enfants nés du mariage de leur mère avec le mari qui l'a avantagée des biens qui y sont compris.

Sous le terme d'*enfants*, les petits-enfants issus de ce mariage, doivent être censés compris, suivant la règle : *Liberorum appellatione nepotes continentur*. C'est pourquoi, lorsque le fils ou la fille de qui ils sont issus est mort avant l'ouverture de cette substitution, ils doivent prendre dans les biens qui y sont compris, la part qu'y eût eue leur père ou leur mère qu'ils représentent.

623. Les enfants appelés à cette substitution légale, ne tenant pas de leur mère les biens qui y sont compris, mais plutôt de leur père, qui est censé ne les avoir donnés qu'à la charge de les restituer après sa mort, c'est une conséquence que, pour les recueillir, il n'est pas nécessaire qu'ils soient héritiers de leur mère.

Il n'est pas même nécessaire que ces enfants, pour recueillir cette substitution, soient héritiers de leur père ; car leur père est censé avoir chargé sa femme, en cas de convol, de les leur restituer, non dans la qualité de *ses héritiers*, mais dans la seule qualité de ses enfants.

---

[1] Toutes les questions agitées dans cet article sont complétement étrangères à notre droit actuel.

624. C'est une question, s'il n'est pas au moins nécessaire, pour recueillir cette substitution légale, que l'enfant ait eu le droit de venir à la succession de son père ; et si en conséquence la fille qui, par son contrat de mariage, y a renoncé en faveur de ses frères, ou qui ayant été dotée, est exclue par la coutume, doit être exclue de prendre part aux biens compris dans cette substitution légale avec les autres enfants qui y sont appelés ?— Il semble qu'ils ne devraient pas en être exclus, puisque les biens compris dans cette substitution légale, ne font partie ni de la succession du père, ni de celle de la mère.

Néanmoins Ricard, part. 3, ch. 9, gl. 4, nos 1308, 1309, décide que les filles qui sont exclues par les coutumes, de la succession de leur père qui les a dotées, et pareillement celles qui par leur contrat de mariage y ont renoncé, ne sont pas admises à partager avec leurs frères, au profit desquels elles ont renoncé, les biens que leur mère est obligée de réserver et de restituer à ses enfants issus du mariage avec leur père.

La raison sur laquelle Ricard se fonde est, que, suivant ce qui paraît par le préambule de l'édit, la vue de l'édit, dans l'un et dans l'autre chef, a été de subvenir aux enfants, par rapport au préjudice qu'ils souffraient du convol de leur mère à un second ou autre subséquent mariage.

L'édit, par le premier chef, leur subvient en retranchant à leur profit ce qu'il y a d'excessif dans les donations faites par leur mère à ses second ou autres subséquents maris : mais comme il n'y a que ceux de ses enfants qui avaient droit de venir à sa succession, qui souffrent de ces donations excessives, nous avons vu *suprà*, n° 492, que l'édit était présumé n'avoir eu qu'eux en vue, et qu'en conséquence il n'y avait qu'eux qui fussent admis à recueillir la portion que l'édit en retranchait.

Pareillement l'édit, dans le second chef, ayant eu pour fin d'empêcher que les enfants ne souffrissent préjudice des donations faites par leur père à leur mère qui s'est remariée, en empêchant qu'elle ne pût faire passer ni à ses nouveaux maris, ni aux enfants qui naîtraient de ses autres mariages, ni à quelque autre personne que ce fût, les biens qui y sont compris, on doit pareillement présumer que l'édit n'a eu en vue que ceux des enfants auxquels ces donations et le convol de leur mère pouvaient causer quelque préjudice, et qu'en conséquence il n'a entendu appeler qu'eux à la réserve ou substitution faite par le second chef de l'édit, et non les filles exclues de la succession de leur père, auxquelles ni lesdites donations, ni le convol de leur mère n'ont pu porter aucun préjudice; puisque, quand même les donations n'auraient pas été faites, étant exclues de la succession, elles n'auraient jamais pu profiter des biens donnés.

Ricard, 3e part., ch. 9, gl. 6, n° 1389, pour confirmer son opinion, que s'il n'est pas nécessaire d'être héritier pour être admis à cette substitution légale, il faut du moins être habile à l'être, rapporte un arrêt du 26 juin 1597, qui dans la coutume de Ponthieu, qui ne reconnaît d'autre héritier que le fils aîné, adjugea en conséquence à l'aîné seul les biens qu'un mari avait donnés à sa femme qui s'était remariée.

Si les frères, en faveur desquels les filles dotées étaient exclues de la succession de leur mère, soit par la coutume, soit par leur renonciation, étaient tous prédécédés sans aucune postérité qui les représentât, lesdites filles recouvrant en ce cas le droit de venir à la succession de leur mère, recouvreraient, par la même raison, celui d'être admises à cette substitution.

Il n'est pas douteux qu'un enfant exhérédé pour une juste cause par son père, n'est pas censé appelé à la substitution des biens donnés par son père à sa mère qui s'est remariée ; son exhérédation l'en rend indigne.

Si l'enfant avait été justement exhérédé par sa mère, et ne l'avait pas été par son père, pourrait-il prétendre à cette substitution légale ?— Il semble d'abord qu'il le peut ; car l'exhérédation faite par la mère ne l'exclut que des biens de la mère : mais les biens compris dans cette substitution, sont des biens que les

enfants qui y sont appelés, ne sont pas censés tenir de leur mère, mais de leur père. Il y a néanmoins lieu de soutenir que l'enfant exhérédé par sa mère ne peut prétendre à cette substitution. La raison est, que les dons et avantages qui ont été faits à la femme qui s'est remariée, par son défunt mari, lui ayant été faits purement et simplement, elle n'est, dans la vérité des choses, chargée d'aucune substitution des biens qui lui ont été donnés par son défunt mari; ce n'est que par une fiction de la loi, que ces biens sont censés n'être pas ses biens, et qu'on suppose la donation qui lui en a été faite par son défunt mari, avoir été faite à la charge de restituer les biens qui y sont compris, aux enfants de son premier mariage. Mais cette fiction et cette supposition d'une substitution au profit des enfants du premier mariage, ne doivent avoir lieu qu'en faveur de ceux auxquels l'édit a voulu subvenir : or l'édit ayant été fait, comme il s'en explique dans le préambule, pour suppléer aux devoirs d'amour et de tendresse des veuves qui se remarient, envers les enfants de leurs précédents mariages, il est censé n'être fait qu'en faveur de ceux desdits enfants envers lesquels leur mère qui s'est remariée, était tenue de ces devoirs : l'édit n'est pas fait pour ceux desdits enfants qui, pour des causes qui leur ont fait mériter l'exhérédation de leur mère, s'en sont rendus indignes.

§ II. *L'aîné a-t-il droit d'aînesse dans cette substitution?*

625. Il reste la question de savoir si, entre les enfants qui sont appelés à cette substitution légale des biens donnés par leur père à leur mère qui s'est remariée, l'aîné desdits enfants doit prendre son droit d'aînesse dans les biens nobles qui s'y trouveraient compris. Ricard, *ibid.*, n° 1390, décide que l'aîné a droit d'y prendre son droit d'aînesse, quoique les enfants ne recueillent pas ces biens à titre de succession. La raison est, que cette substitution légale étant établie par l'édit comme un dédommagement du préjudice que souffrent les enfants des donations faites par leur père à leur mère qui s'est remariée, et l'aîné souffrant un plus grand préjudice de ces donations par rapport aux biens nobles qui s'y trouvent, dans lesquels il aurait exercé son droit d'aînesse, si son père les eût laissés dans sa succession, il doit avoir dans la substitution, qui est la réparation du préjudice fait aux enfants par la donation, une part proportionnée au préjudice qu'il souffre, et par conséquent exercer son droit d'aînesse dans la substitution comme il l'eût exercé dans la succession, si la donation n'eût pas été faite.

Observez : 1° qu'il ne suffit pas, pour qu'un enfant puisse prétendre le droit d'aînesse dans les biens de cette substitution, qu'il soit l'aîné des enfants du mariage qui y sont appelés, s'il y a un fils d'un précédent mariage, qui n'y est pas appelé; car il n'y a de véritable fils aîné que celui qui est l'aîné des enfants de tous les mariages : c'est pourquoi les biens de cette substitution se partageront en ce cas sans aucune prérogative d'aînesse.

Observez : 2° que, quoiqu'il ne soit pas nécessaire que les enfants qui recueillent cette substitution légale, soient héritiers de leur père, l'aîné ne peut néanmoins y exercer son droit d'aînesse, s'il n'est héritier de son père; car les lois coutumières qui accordent le droit d'aînesse, ne l'accordent qu'à l'aîné qui est héritier.

§ III. *Quand s'éteint cette substitution?*

626. Cette substitution dont l'édit grève la femme qui s'est remariée, étant établie en faveur des enfants de son mariage avec celui qui lui a fait les dons et avantages, et ne devant être ouverte qu'à la mort de cette femme, c'est une conséquence qu'elle est éteinte par le prédécès de tous les enfants de ce mariage sans aucune postérité qui les représente; car il ne reste plus personne au profit de qui elle puisse être ouverte.

C'est pourquoi les aliénations que la femme qui s'est remariée a faites des

héritages à elle donnés par son premier mari, sont en ce cas confirmées, soit que ces aliénations aient été faites avant, soit qu'elles aient été faites depuis son convol à un autre mariage.

La substitution est éteinte, non-seulement lorsqu'il ne reste aucun enfant de son mariage avec son premier mari qui lui a fait la donation, mais encore lorsque les seuls qui restent, ont été rendus incapables d'être admis à cette substitution, ayant été exhérédés, soit par leur père, soit par leur mère.

627. Lorsque la femme qui s'est remariée, devient veuve de son second mari sans avoir aucun enfant de lui, Duplessis et Lemaître, sur la coutume de Paris, pensent que la substitution dont elle était chargée envers les enfants de son premier mariage, est en ce cas éteinte, et qu'elle recouvre la liberté d'aliéner les biens qui lui ont été donnés par son premier mari, et d'en disposer comme bon lui semblera. Leur raison est, que le convol de la femme à un autre mariage, n'a fait en ce cas aucun préjudice à ses enfants du premier mariage, et qu'elle redevient dans le même état que si elle ne s'était pas remariée. Cette opinion me paraît souffrir beaucoup de difficulté. L'édit fait dépendre la substitution dont il charge la femme envers ses enfants de son premier mariage, de deux conditions; de son convol à un autre mariage, et de sa mort avant lesdits enfants. La première est accomplie. Quoique la femme soit redevenue veuve sans enfants de son second mariage, il n'en est pas moins vrai qu'elle a convolé à de secondes noces. Sa mort avant les enfants de son premier mariage, qui est la seule condition qui reste à accomplir, doit donc donner ouverture à la substitution, et par conséquent elle ne recouvre pas la liberté de disposer de ses biens; elle continue de n'en pouvoir disposer que *cum causâ fideicommissi.*

SECT. III. — DE L'EXTENSION QUE LA COUTUME DE PARIS A DONNÉE A L'ÉDIT, PAR RAPPORT AUX CONQUÊTS QUE LA FEMME QUI SE REMARIE A DE SES PRÉCÉDENTS MARIAGES[1].

628. La part qu'a eue la femme dans les biens de la communauté qui était entre elle et son premier mari, n'est point quelque chose dont elle puisse être censée avoir été avantagée par son premier mari; c'est de son chef qu'elle a cette part dans les biens de la communauté : elle ne la tient pas de son mari, étant censée avoir elle-même acquis ces biens; ou si l'on veut qu'elle tienne de son mari au moins la part qu'elle a dans les biens que son mari y a apportés, en ayant de sa part apporté autant, elle ne la tient pas à titre lucratif.

Ces biens que la femme a eus pour sa part de la communauté, n'étant donc pas des biens dont on puisse dire qu'elle a été avantagée par son premier mari, ils ne sont pas compris dans la seconde partie de l'édit. Néanmoins comme la femme est redevable de l'acquisition de ces biens à l'industrie, aux soins et à la collaboration de son premier mari, la coutume de Paris, suivie en cela par notre coutume d'Orléans, a jugé à propos, non pas d'étendre auxdits biens le second chef de l'édit, mais de ne pas laisser à cette femme, lorsqu'elle se remarie, la même liberté qu'elle a par rapport à ses autres biens.

Voici comme elle s'en explique en l'article 279. Après avoir, dans la première partie de cet article, rapporté la teneur du premier chef de l'édit, en ces termes : « Femme convolant en secondes ou autres noces, ayant enfants, ne « peut avantager son second ou autre subséquent mari de ses propres et ac« quêts, plus que l'un de ses enfants; » elle ajoute : « Et quant aux conquêts « faits avec ses précédents maris, n'en peut disposer aucunement au préjudice

[1] Cette section est également sans aucune application aujourd'hui.

« des portions dont les enfants desdits premiers mariages pourraient amender « de leur mère : et néanmoins succèdent les enfants des subséquents mariages « auxdits conquêts avec les enfants des mariages précédents, etc. »

629. La coutume, par cet article, n'établit pas une substitution légale de ces conquêts faits avec les précédents maris au profit des enfants des précédents mariages, pendant lesquels ils ont été faits, telle que celle que le second chef de l'édit établit à l'égard des biens dont la femme qui se remarie a été avantagée par ses précédents maris : au contraire, elle appelle expressément les enfants de ses subséquents mariages à succéder à ses conquêts avec ceux des mariages pendant lesquels ils ont été faits. En cela lesdits conquêts sont différents des biens dont la femme qui s'est remariée a été avantagée par ses précédents maris.

630. La coutume, dans cet article, se borne, par rapport auxdits conquêts, à restreindre la liberté de la femme qui s'est remariée, plus qu'elle ne l'est (restreinte) à l'égard de ses autres biens.

1° Au lieu que la femme qui se remarie, peut, au préjudice des enfants de son premier mariage, disposer et donner de ses autres biens à son second mari jusqu'à la concurrence d'une portion d'enfant : au contraire, aux termes de cet article, elle ne peut rien donner desdits conquêts à ses second et autres subséquents maris, au préjudice des enfants des précédents mariages pendant lesquels ils ont été faits.

2° La femme qui est remariée, peut librement disposer de ses autres biens, sauf la légitime de ses enfants, envers d'autres personnes que son second mari, et celles qui paraîtraient par lui interposées : au contraire, elle ne peut disposer desdits conquêts envers quelque personne que ce soit, au préjudice des enfants du mariage pendant lequel ils ont été faits.

Nous traiterons, dans un premier article, de la défense qui est faite par la coutume, à la femme qui se remarie, de disposer, au profit de son second ou autres subséquents maris, des conquêts de ses précédents mariages, au préjudice des enfants de ses précédents mariages.—Nous traiterons dans un second, de celle qui lui est faite d'en disposer envers d'autres.—Nous examinerons, dans un troisième article, si l'extension faite par la coutume à l'édit, s'étend à l'homme qui s'est remarié, et si elle a lieu dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées.

ART. Ier. — De la défense faite par la coutume à la femme qui se remarie, de disposer, au profit de ses second ou autres subséquents maris, des conquêts de ses précédents mariages, au préjudice des enfants des mariages pendant lesquels ils ont été faits.

Nous verrons dans un premier paragraphe, quels sont les biens compris dans cette défense :— dans un second, l'effet de cette défense.

§ Ier. *Quels sont les biens compris dans cette défense.*

631. La première question qui se présente, est de savoir si cette défense comprend la part qu'a eue la femme dans tous les biens dont la communauté était composée, tant meubles qu'immeubles ; ou si elle se borne aux conquêts immeubles.

La question a été décidée par un arrêt du 4 mars 1697, rendu sur les conclusions de M. d'Aguesseau, alors avocat général, qui a jugé que la défense comprenait la part de la femme dans tous les biens de la communauté avec son défunt mari, soit meubles, soit immeubles. Nous avons le plaidoyer de ce grand magistrat dans cette cause, au 4e tome de ses OEuvres ; c'est le 41e plaidoyer : la question y est discutée dans la perfection.

Pour borner la défense aux seuls immeubles, on alléguait que le terme de *conquêts,* dont se sert la coutume de Paris dans cette disposition, est un terme qui se prend plutôt pour les immeubles que pour les meubles; que la disposition de la coutume de Paris sur ce point, est une loi pénale, qu'on doit plutôt par conséquent restreindre qu'étendre; d'où on concluait que le terme de *conquêts* doit, dans cette disposition de la coutume, se prendre dans sa signification la plus ordinaire, pour les seuls immeubles de la communauté, et qu'il ne doit pas être étendu aux meubles.

A cela M. l'avocat général répond, que la disposition de la coutume de Paris sur ce point, n'est pas une loi pénale: « Le terme de *Loi pénale* est, « dit-il, une de ces expressions dont on abuse souvent. Il y a deux sortes de « lois auxquelles on l'applique : aux unes proprement, et ce sont celles qui « contiennent de véritables punitions; aux autres improprement, et ce sont « celles qui restreignent en quelque manière la liberté naturelle à tous les « hommes. Ces dernières sont des lois *restrictives, prohibitives, lois de pré-« caution;* mais elles ne sont pas pour cela des lois *pénales.* Ainsi, par exem-« ple, dira-t-on que la loi qui défend à un mari de donner à sa femme, soit « une loi *pénale?* que les lois qui défendent de priver les héritiers du sang « d'une portion des propres, soient des lois pénales? etc.

« Il en est de même des lois qui regardent les secondes noces. Que font « ces lois? Elles défendent les libéralités excessives; elles veulent que ce « qui est acquis à l'occasion du premier mariage, ne puisse, au préjudice « des enfants communs, passer en des mains absolument étrangères. Elles « n'ordonnent aux maris et aux femmes que ce que la droite raison, ce que « la sagesse et la prudence, ce que l'amour des enfants inspire naturellement « et sans loi à un bon père de famille; et peut-on appeler du nom de *peine,* « ce que la raison suggère, ce que la prudence dicte, ce que la tendresse « inspire? »

Bien loin que la disposition de la coutume de Paris sur ce point, soit une loi pénale, c'est au contraire une loi favorable. En effet, quel est le motif et le fondement de cette loi? Ce n'est pas tant la haine des seconds mariages, que la faveur des enfants, puisqu'aussitôt que cette raison de la faveur des enfants cesse par leur prédécès, tout l'effet de la loi cesse, et toutes les donations et toutes les aliénations faites par la femme contre la disposition de la loi, deviennent valables. Cette loi, fondée uniquement sur la *faveur* des enfants, est donc une loi *favorable.* « Elle est, dit M. l'avocat général, favorable par « son motif, qui ne tend qu'à la conservation du patrimoine des enfants, favo-« rable par sa disposition, puisqu'elle n'impose aux maris et aux femmes que « ce que la droite raison exige d'eux sans le secours de la loi. »

M. l'avocat général, après avoir établi que la disposition de la coutume sur ce point, n'est pas une loi pénale qui doit être restreinte, mais une loi favorable, susceptible d'interprétation, vient ensuite à l'interprétation du terme *conquêts,* que la coutume a employé; et il prouve que ce terme doit s'entendre tant des biens meubles que des immeubles que la femme qui s'est remariée a eus de la communauté avec son premier mari. Il le prouve, en premier lieu, par le texte même de l'article 279, où se trouve cette disposition, en comparant la seconde partie à la première. Il est dit dans la première, que la femme ne peut avantager son second mari *de ses propres et* ACQUÊTS *plus que l'un de ses enfants.* Il ne peut pas être douteux que la coutume ne borne pas ici aux seuls immeubles le terme d'*acquêts,* et qu'elle comprend sous ce terme, tant les biens meubles que les biens immeubles de la femme: car la coutume n'a pu, ni par conséquent voulu restreindre aux immeubles le premier chef de l'édit, qui a compris en termes formels les meubles aussi bien que les immeubles.

La coutume ayant compris, dans la première partie de l'article, sous le terme d'ACQUÊTS, tant les biens meubles que les immeubles, comme on ne peut pas en douter; dans la seconde partie, où il est dit: *Et quant aux con-*

QUÊTS *faits avec ses précédents maris, n'en peut disposer*, on doit pareillement entendre sous le terme de *conquêts*, tant les biens meubles que les immeubles de sa première communauté. Le terme de *conquêts* n'a pas une signification plus bornée aux immeubles que le terme d'*acquêts*,

M. l'avocat général prouve, en second lieu, la signification du terme *conquêts* par les autres articles de la coutume. Les immeubles d'une communauté sont exprimés douze fois en différents articles de la coutume, par ces termes *conquêts immeubles*; si, dans le langage de la coutume, le terme de *conquêts* ne signifiait que les immeubles, la coutume n'ajouterait pas à ce terme l'épithète d'*immeubles*. Lorsque la coutume parle des propres de succession, elle ne dit jamais *propres immeubles*, parce que le terme de *propres* renferme celui d'*immeubles*, n'y ayant que les immeubles qui soient propres; en donnant, au contraire, aux *conquêts* l'épithète d'*immeubles*, elle déclare suffisamment que dans son langage, le terme *conquêts* n'a pas une signification bornée aux immeubles, et qu'il peut signifier les meubles aussi bien que les immeubles.

Il le prouve, en troisième lieu, par le rapport qu'a la disposition de l'article 279 avec les lois antérieures. Cette disposition a rapport à l'édit des secondes noces; elle en est une extension; de même donc que l'édit n'a fait dans le premier ni dans le second chef aucune distinction des meubles et des immeubles, et a également compris les uns et les autres dans ses dispositions, on doit croire que la coutume a pareillement compris tant les meubles que les immeubles dans sa disposition, qui n'est qu'une extension de l'édit.

Il le prouve, en quatrième lieu, par la raison et le motif de la loi, et par les inconvénients qui naîtraient de l'opinion contraire.

La raison et le motif de la loi ont été, qu'il a paru équitable qu'une femme qui se remarie, conserve d'une manière plus particulière, aux enfants de ses précédents mariages, des biens dont elle est redevable aux soins et à la collaboration de leur père, qui n'a collaboré avec elle pour les acquérir, que dans la vue de les transmettre aux enfants de leur mariage; or cette raison milite également, soit que le fruit de cette collaboration consiste en biens meubles ou en immeubles.

Les inconvénients de l'opinion contraire sont, que la loi serait imparfaite, si elle ne comprenait dans sa disposition que les immeubles; car elle ne comprendrait pas un cas très commun et très important, qui est celui auquel toute une communauté ne consiste qu'en effets mobiliers, telles que sont celles de plusieurs négociants et gens d'affaires.

La loi serait aussi, sans cela, facile à éluder. Un homme voyant sa première femme infirme, pourrait, dans la vue d'en avantager une seconde, convertir en meubles les immeubles de sa communauté.

Au contraire, nul inconvénient à comprendre les meubles dans la disposition de la coutume. Dira-t-on qu'une femme qui n'aurait d'autres biens que ceux de la communauté de son premier mari, n'aurait rien à donner à un second mari, et trouverait difficilement à se remarier? Bien loin que ce soit un inconvénient, *c'est*, dit M. d'Aguesseau, *un bien public...... c'est le but des législateurs.*

Tout ceci n'est qu'un extrait très imparfait du plaidoyer de M. d'Aguesseau sur cette question; il faut le voir au quatrième tome de ses œuvres. Les plaidoyers de ce grand magistrat, qu'on a donnés au public, sont les plus parfaits modèles qu'il y ait jamais eus en ce genre: les moyens de la cause y sont exposés avec une précision et une clarté admirables; rien n'y est omis, et il n'y a rien de superflu.

Sur le plaidoyer de M. d'Aguesseau, dont nous venons de rapporter l'extrait, est intervenu arrêt du 4 mars 1697, qui a jugé que les meubles de la première communauté étaient compris dans la disposition de l'article 279. Cet arrêt a fixé la jurisprudence. Tous ceux qui ont écrit depuis, tiennent pour maxime

quel'article 270 de la coutume de Paris comprend, sous le mot de *conquêts*, les meubles aussi bien que les immeubles d'une communauté, et qu'il n'est pas plus permis d'avantager un second mari ou une seconde femme, des uns que des autres.

632. Dans l'espèce de cet arrêt, les biens meubles qui étaient réclamés par les enfants du premier mariage, comme biens de la première communauté de leur père, et que l'arrêt jugea ne devoir pas entrer dans la donation de part d'enfant faite à la seconde femme, étaient des biens de cette communauté acquis durant cette communauté; c'étaient des créances que leur père avait contre le roi pour des ouvrages faits durant sa première communauté, et qui étaient encore dus.

Le mobilier que la femme a apporté, en se mariant, à sa première communauté, est-il aussi compris sous les termes, *conquêts faits avec ses précédents maris*, de l'article 279?—On peut dire pour la négative, que la coutume n'a pas dit, *et quant aux conquêts de ses précédents mariages*, ce qui comprendrait tous les biens dont la communauté du premier mariage était composée, tant ceux qui ont été apportés par les conjoints pour la composer, que ceux qui ont été acquis pendant qu'elle a duré: mais cette expression, *conquêts* FAITS *avec ses précédents maris*, paraissent ne comprendre que les choses acquises par le premier mari pendant que la communauté a duré, et non celles que les conjoints ont, en se mariant, apportées en communauté.

La raison qui paraît servir de fondement à la disposition de l'article 279, qui concerne les conquêts, est que la femme qui se remarie, est obligée à conserver d'une manière plus particulière, aux enfants de son premier mariage, des biens dont elle est redevable aux soins et à la collaboration de leur père, qui les a acquis à la communauté qu'elle a eue avec lui; or cette raison ne s'applique qu'aux biens que le premier mari a acquis à la communauté par les acquisitions qu'il a faites pendant qu'elle a duré, et non à ceux que la femme qui s'est remariée, avait apportés à cette première communauté; ce qui confirme qu'il n'y a que les biens acquis pendant la communauté, et non ceux que les conjoints y ont apportés en se mariant, qui soient compris en la disposition de l'article 279.

Il paraît que la jurisprudence du Châtelet de Paris avait donné cette interprétation à l'article 279; car, par un acte de notoriété de M. Le Camus, du premier mars 1698, il est attesté que, pour régler la part d'enfant d'un second mari, l'usage est au Châtelet de faire, sur les biens que la femme a eus pour sa part de la première communauté, distraction de ce qu'elle y a apporté par son contrat de mariage en biens meubles et biens ameublis; dans lesquels biens par elle apportés en sa première communauté, on accorde part d'enfant au second mari, comme dans les biens propres de ladite femme, et on ne la lui dénie que dans ce qui restait à la femme des biens de la première communauté après la distraction faite.

Néanmoins, par l'arrêt de Garanger, rendu en la grand'chambre en 1698 qui est rapporté par les annotateurs de Duplessis, au *Traité des Donations*, chap. 1, vers la fin, il a été jugé que les deniers dotaux qu'une femme qui s'était remariée avait apportés en communauté avec son premier mari, étaient compris en la disposition de l'article 279, et qu'elle n'en avait pu rien donner à son second mari. Lacombe cite un arrêt de la quatrième des enquêtes, du premier septembre 1744, qu'il dit avoir jugé la même chose.

La réponse aux raisons alléguées pour l'opinion contraire, est que la raison tirée de la collaboration n'est pas la seule qui ait pu servir de motif à la disposition de l'article 279, qui concerne les conquêts: il y en a une autre, qui est que des personnes qui se marient, en composant une communauté de biens, de même qu'en travaillant par la suite à l'augmenter, ont en vue les enfants qui doivent naître de leur mariage, auxquels ils se proposent de transmettre

un jour les biens de cette communauté. C'est en leur considération qu'ils la composent, et qu'ils travaillent à l'augmenter ; c'est à eux qu'ils destinent les biens de cette communauté. C'est pour cette raison que, par l'ancien droit, il n'y avait que les enfants nés de ce mariage qui fussent héritiers desdits biens : c'est pareillement pour cette raison qu'une femme est obligée de conserver d'une manière particulière lesdits biens auxdits enfants, et que la coutume ne lui permet pas, lorsqu'elle se remarie, d'en disposer à leur préjudice.

633. Quoique, par les arrêts que nous venons de citer, il ait été jugé que les biens apportés par une femme à la communauté de son premier mariage, étaient, de même que ceux acquis depuis, compris en la disposition de la coutume, et que la femme n'en pouvait rien donner à un second mari, néanmoins, par un arrêt du 24 juillet 1741, rendu à l'audience de la grand'chambre, sur les conclusions de M. Joli de Fleuri, et rapporté par Denisart, il a été jugé qu'une femme avait pu donner à son mari part d'enfant dans une portion de maison qu'elle avait apportée et ameublie à la communauté de son premier mariage.

Pour concilier cet arrêt avec les précédents, on peut faire une distinction entre les effets mobiliers apportés à une communauté, et les immeubles qui y sont apportés et ameublis par une convention du contrat de mariage. Les effets mobiliers qu'ont les futurs conjoints lorsqu'ils se marient, étant de nature à composer leur communauté conjugale, dans laquelle ils entrent lorsque les parties ne s'en sont pas expliquées, ces effets mobiliers que des conjoints ont apportés pour composer leur communauté conjugale, sont, dans tous les cas, regardés comme véritables et naturels conquêts de cette communauté, et par conséquent ils sont regardés comme tels dans le cas de la disposition de l'article 279, qui concerne les conquêts, et sont compris dans sa disposition. Au contraire, les immeubles qu'ont les futurs conjoints lorsqu'ils contractent mariage, n'étant pas de nature à composer leur communauté conjugale, et ne pouvant y entrer que par une clause spéciale du contrat de mariage, et par la fiction de l'ameublissement, ces immeubles apportés en communauté, et qu'on appelle *propres ameublis*, ne doivent être regardés comme *conquêts* de cette communauté que dans le cas de la fiction de l'ameublissement, c'est-à-dire, pour le cas de la communauté, à l'effet que les conjoints aient le même droit à l'égard desdits héritages ameublis, qu'à l'égard des véritables conquêts ; que le mari puisse disposer des héritages ameublis par sa femme, de même que des véritables conquêts ; et que les héritages ameublis tant de part que d'autre, soient, après la dissolution de la communauté, compris dans la masse qui est à partager des biens de la communauté : mais hors le cas de la fiction de l'ameublissement, ces héritages ameublis ne doivent plus être regardés comme *conquêts* de la communauté en laquelle ils avaient été apportés. C'est pourquoi les héritages qu'une femme qui s'est remariée avait apportés et ameublis à la communauté de son premier mariage, ne doivent plus être regardés comme *conquêts*, ni être compris sous ce terme dans le cas de la disposition de l'article 279, ce cas n'étant pas le cas de la fiction, n'étant point un cas pour lequel ait été faite la clause d'ameublissement.

634. Lorsqu'après la mort du premier mari, la communauté a continué avec les enfants mineurs du premier mariage, faute d'inventaire [1], ces enfants

[1] Le défaut d'inventaire ne donne plus lieu à la continuation de la communauté. *V.* art. 1442, C. civ., qui précise les conséquences du défaut d'inventaire.

Art. 1442 : « Le défaut d'inventaire « après la mort naturelle ou civile de « l'un des époux, ne donne pas lieu à « la continuation de la communauté ; « sauf les poursuites des parties intéressées, relativement à la consistance « des biens et effets communs, dont la « preuve pourra être faite tant par ti-

sont-ils fondés à prétendre, lorsque leur mère est remariée, que les biens meubles et immeubles acquis par leur mère durant la continuation de communauté, sont compris en la disposition de l'article 279, et qu'elle n'en a pu rien donner à son second mari?

Les termes de l'article 279, *et quant aux conquêts faits avec leurs précédents maris*, résistent à cette prétention : on ne peut pas dire que des biens qu'une femme n'a acquis que depuis la mort de ses précédents maris, soient des *conquêts faits avec ses précédents maris*. Si la coutume fait continuer la communauté depuis la mort du prédécédé jusqu'à l'inventaire, c'est une peine qu'elle établit en faveur des enfants contre le survivant qui, par sa faute, en ne faisant point d'inventaire, a mis ces enfants hors d'état de pouvoir constater la part qui leur appartient dans les biens dont la communauté était composée lors de la mort du prédécédé, et dont le survivant leur doit compte. Cette peine ne doit avoir d'autre effet que celui pour lequel elle a été établie ; savoir, celui de donner aux enfants le droit de prendre part, si bon leur semble, dans les biens acquis par le survivant depuis la mort du prédécédé jusqu'à l'inventaire, comme si la communauté avait toujours continué à la place du compte qui leur est dû par le survivant ; elle ne doit donc pas avoir l'effet de faire regarder les biens que la femme qui s'est remariée, a acquis depuis la mort de ses précédents maris, comme *conquêts faits avec ses précédents maris*, et dont l'article 279 doive l'empêcher de disposer : ce n'est point pour ce cas que la continuation de communauté a été établie.

Néanmoins Lacombe cite un arrêt du 28 août 1722, rendu en la quatrième des enquêtes, par lequel il prétend avoir été jugé que les meubles et conquêts acquis durant la continuation de communauté, étaient sujets à la disposition de l'article 279, comme les conquêts de la communauté. Je pense que l'arrêt a jugé eu égard aux circonstances particulières de l'espèce dans laquelle il a été rendu, et que nous ignorons. Le motif de cet arrêt a pu être d'éviter, dans l'espèce particulière, une discussion difficile et dispendieuse, dans laquelle on eût jeté les parties, s'il eût fallu faire la distinction des biens dont était composée la communauté au temps de la mort du premier mari, dans lesquels la coutume ne permet pas à la femme de rien donner à son second mari, et de ceux acquis depuis la mort du premier mari, qui ne sont pas sujets à cette défense. Pour éviter cette discussion, la Cour, par cet arrêt, eu égard aux circonstances particulières de l'affaire, a jugé à propos de réputer les biens acquis par la femme depuis la mort de son premier mari, durant la continuation de communauté, comme n'étant que le remploi de ceux qui composaient la communauté au temps de la mort du premier mari ; et elle a cru ne devoir pas écouter la femme à dire qu'elle a acquis quelque chose de plus depuis la mort de son premier mari, dont elle doit avoir le droit de disposer, cette femme s'étant, par sa faute, en ne faisant pas d'inventaire après la mort de son premier mari, mise hors d'état de le justifier. On peut, selon les circonstances, suivre l'exemple de sagesse que nous a donné cet arrêt ; mais on ne peut pas en faire une règle générale.

635. Lorsque, par le contrat du premier mariage, le droit de la femme a été fixé à une certaine somme ; si cette femme, après la mort de son premier mari, convole à un autre mariage, cette somme qu'elle a reçue lui tenant lieu de sa part dans les conquêts faits avec son premier mari, doit être censée comprise dans la disposition de l'article 279, concernant les *conquêts*.

« tres que par la commune renommée. « — S'il y a des enfants mineurs, le « défaut d'inventaire fait perdre en « outre à l'époux survivant la jouis- « sance de leurs revenus ; et le subro- « gé tuteur qui ne l'a point obligé à « faire inventaire, est solidairement « tenu avec lui de toutes les condam- « nations qui peuvent être prononcées « au profit des mineurs. »

§ II. *De l'effet qu'a, par rapport au second mari, la défense faite à la femme qui se remarie, de disposer des conquêts de son premier mariage.*

636. La première question qui se présente à cet égard, est de savoir si, lorsqu'une femme qui s'est remariée, a des enfants, tant de son premier que de son second mariage, la donation qu'elle a faite à son second mari de quelques *effets conquêts* de la première communauté, est entièrement nulle au profit des enfants, tant du second que du premier mariage, ou si elle n'est nulle que pour les portions qu'auraient eues les enfants du premier mariage dans lesdits effets. Par exemple, s'il y avait deux enfants du premier mariage, et trois du second, la donation ne serait-elle nulle que pour les deux cinquièmes ?

Il semblerait, à s'en tenir aux termes de la seconde partie de l'article 279, sans la rapprocher de la première, que la donation ne devrait être nulle que pour les portions afférentes aux enfants du premier mariage ; car voici comme la coutume s'explique dans la seconde partie de l'article 279 : « Et quant aux « *conquêts faits* avec ses précédents maris, n'en peut disposer aucunement au « préjudice des portions dont les enfants desdits premiers mariages pourraient « amender. » La coutume, en disant que la femme n'en peut disposer *au préjudice des portions des enfants des premiers mariages*, donne assez à entendre que la disposition que la femme a faite des conquêts, n'est nulle que pour les portions que les enfants y auraient eues, si elle n'eût pas fait la disposition, et qu'elle est valable pour le surplus. La coutume ne distingue pas si la disposition est faite à titre de donation, ou à autre titre : elle ne distingue pas si elle est faite au second mari, ou à d'autres personnes ; or tous conviennent que, lorsque la femme a disposé desdits conquêts envers d'autres personnes qu'envers son mari, la disposition ne peut être annulée que pour les portions qu'auraient les enfants du premier mariage, si elle n'en eût pas disposé, et qu'elle est valable pour le surplus ; donc pareillement la donation que la femme a faite desdits conquêts à son second mari, n'est nulle que pour les portions qu'y auraient eues les enfants du premier mariage, et elle est valable pour le surplus.

Néanmoins Borjon nous atteste que c'est un usage ancien et constant au Châtelet de Paris, de regarder comme entièrement nulle la donation qu'une femme a faite des conquêts meubles ou immeubles de son premier mariage à son second mari, et d'admettre tous les enfants, tant du second que du premier mariage, après la mort de leur mère, à faire prononcer la nullité de la donation, et à se faire rendre lesdits effets. (Borjon, liv. 4, tit. 6, sect. 5, dist. 2.)

Pour faire voir que cette jurisprudence est conforme à l'esprit de l'art. 279 de la coutume, il faut rapprocher la seconde partie de cet article de la première partie. Il est dit en la première partie, que la femme ayant enfants, et convolant en secondes noces, ne peut avantager son second mari *de ses propres et acquêts plus que l'un de ses enfants*. Ensuite il est dit dans la seconde partie : *Et quant aux conquêts faits avec ses précédents maris, n'en peut aucunement disposer*, etc. La différence que la coutume établit entre la donation faite au second mari, *des propres et acquêts*, et celle qui lui est faite des conquêts, consiste en ce que la donation *des propres et acquêts* n'est nulle que pour ce qu'elle excède la quantité d'une part d'enfant ; au lieu que celle qui lui est faite des conquêts du premier mariage, est nulle pour le tout, la femme n'en pouvant aucunement disposer. Mais de même que la donation des propres et acquêts, qui est nulle pour ce qu'elle excède la quantité de part d'enfant, est nulle au profit des enfants de tous les mariages, et non pas vis-à-vis de ceux du premier mariage, et seulement pour leurs portions ; pareillement, la donation des conquêts, qui est nulle pour le tout, ne doit pas l'être seulement pour les portions des enfants du premier mariage ; mais elle doit l'être au profit des enfants de tous les mariages.

La coutume, en cet article, établit une autre différence entre les conquêts du premier mariage, et les autres biens de la femme qui convole en secondes noces. Elle ne lui défend, à l'égard de ceux-ci, de les donner qu'à ses second et subséquents maris; elle ne lui défend pas d'en disposer comme bon lui semblera, envers d'autres personnes ; mais à l'égard des conquêts, elle lui défend d'en disposer indistinctement, et envers quelques personnes que ce soit : *Et quant aux conquêts..... n'en peut aucunement disposer.* La coutume ajoute ensuite une limitation à la défense qu'elle fait à la femme qui convole, de disposer des conquêts, même envers d'autres personnes que le second mari ; elle ne déclare nulles les dispositions qu'elle en aurait faites, que pour les portions des enfants des premiers mariages. C'est de ces dispositions faites à des tiers, qu'on doit entendre ces termes qui suivent : *au préjudice des portions dont les enfants desdits premiers mariages pourraient amender.*

Il est vrai que les rédacteurs ont omis d'exprimer dans la seconde partie de l'article la distinction qui est à faire à cet égard entre le second mari et les autres personnes, qu'ils ont cru se suppléer par la relation de cette seconde partie avec la première, et que l'omission de cette distinction cause une obscurité dans cette seconde partie de l'article. Ces rédacteurs s'en étant depuis aperçus, et ayant été nommés par le roi, trois ans après, pour rédiger la coutume d'Orléans, en rédigeant l'art. 203 de cette coutume, qui contient les mêmes dispositions que l'art. 279 de Paris, et presque dans les mêmes termes, ils n'ont pas manqué d'exprimer la distinction entre le second mari et les autres personnes, qu'ils avaient omis d'exprimer dans l'art. 279 de Paris.

Voici comme ils s'expriment dans cet art. 203 de la coutume d'Orléans : « Et quant aux conquêts faits avec ses précédents maris, elle n'en peut au- « cunement avantager son second ou autres maris : toutefois peut disposer d'i- « ceux à autres personnes, sans que telle disposition puisse préjudicier aux por- « tions dont les enfants desdits premiers mariages pourraient amender de leur « mère. »

Cette distinction qui est faite dans l'article de la coutume d'Orléans, entre le second mari, à qui la femme ne peut rien donner des conquêts, et les autres personnes à qui il ne lui est défendu d'en disposer que pour les portions qu'y auraient les enfants du premier mariage, doit être suppléée dans l'art. 279 de Paris, et cet art. 203 d'Orléans doit lui servir d'explication et d'interprétation : c'est celle qui a été constamment suivie au Châtelet de Paris, comme nous l'atteste Borjon.

637. Lorsqu'une femme, contre la défense de la coutume, a donné des conquêts de son premier mariage à son second mari; s'il ne se trouve, lors de sa mort, aucuns enfants de son premier mariage, il est évident que la donation doit subsister, la défense n'ayant été faite qu'en leur faveur. Si elle en a laissé quelques-uns, les enfants, tant du premier que du second mariage, peuvent attaquer le second mari pour faire déclarer nulle la donation, et se faire rendre lesdits conquêts, qui lui ont été nullement et indûment donnés.

Ils ont, pour se faire délaisser ces conquêts, les mêmes actions qu'ils ont pour se faire délaisser l'excédant de ce que leur mère a donné à son second mari dans les autres biens, de plus qu'une portion d'enfant, n'y ayant d'autre différence entre la donation qu'une femme a faite de ses autres biens à son second mari, et celle qu'elle lui a faite des conquêts de son premier mariage, sinon que celle-ci est nulle pour tout ce qu'elle contient, et que l'autre n'est nulle que pour ce qu'elle contient de plus que la valeur d'une portion d'enfant.

C'est pourquoi ce que nous avons dit en la section première, art. 5, des actions révocatoires qu'ont les enfants pour se faire délaisser ce que leur mère a donné à son second mari dans ses autres biens, de plus qu'une portion d'enfant, s'applique à celles qu'ils ont pour se faire délaisser les conquêts du pre-

mier mariage, que leur mère a donnés à son second mari. Ces actions sont entièrement de même nature : elles peuvent s'intenter contre les tiers détenteurs, lorsque les conquêts donnés sont des immeubles que le second mari donataire a aliénés.

Lorsque les conquêts donnés sont des meubles, les enfants n'ont, en faisant infirmer la donation, d'action que contre le second mari pour la restitution de la valeur de ces choses, pour laquelle restitution ils ont hypothèque sur les biens du second mari, du jour de l'acte qui contient la donation.

638. Les enfants qui avaient droit de venir à la succession de leur mère, quoiqu'ils y aient renoncé, ayant droit, nonobstant cette renonciation, de partager les biens qui ont été retranchés de la donation excessive que leur mère a faite à son second mari de ses biens ordinaires, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 568, ils doivent avoir pareillement droit de partager les conquêts du premier mariage, donnés par leur mère au second mari, dont ils ont fait infirmer la donation. Il y a entière parité de raison.

Pareillement, de même que l'aîné, héritier de sa mère, prend son droit d'aînesse dans les biens retranchés, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 593, il doit de même le prendre dans les conquêts donnés au second mari, dont la donation a été infirmée.

ART. II. — De la défense que fait la coutume à la femme qui a convolé en secondes ou autres noces, de disposer des conquêts de ses précédents mariages, envers quelque personne que ce soit [1].

639. Cette défense est contenue dans ces termes de l'art. 279 : *Et quant aux conquêts, n'en peut aucunement disposer*, etc.

Ces termes sont indéfinis ; ils comprennent quelque personne que ce soit ; ils ne laissent à la femme qui a convolé, la liberté de disposer envers personne des conquêts de ses précédents mariages, au préjudice des portions que doivent avoir les enfants desdits mariages.

C'est la seconde différence que la coutume met entre les conquêts des précédents mariages, et les autres biens de la femme qui a convolé. A l'égard de ceux-ci, elle lui défend seulement d'en donner à son second mari plus qu'une part d'enfant : elle lui laisse, à l'égard des autres personnes, la liberté qu'a chaque propriétaire de disposer de ses biens comme bon lui semble, soit à titre de donation, soit à titre de commerce : mais à l'égard des *conquêts*, elle la prive de la faculté d'en disposer envers quelque personne que ce soit.

Nous verrons dans un premier paragraphe quelle est la nature de cette défense de disposer des conquêts, établie par l'art. 279, et en quoi elle diffère du second chef de l'édit.

Nous traiterons dans un second, de la limitation de cette défense aux portions des enfants du premier mariage.

Nous verrons dans un troisième, quelles sont les espèces d'aliénations comprises dans cette défense ;

Dans un quatrième, quand est ouvert le droit qu'ont les enfants du premier mariage de faire infirmer les dispositions que leur mère a faites des conquêts au préjudice de leurs portions.

Dans un cinquième, nous examinerons en quelle qualité ils ont ce droit, et de qui ils sont censés tenir les portions pour lesquelles ils ont fait infirmer la disposition ;

Dans le sixième, quand cesse cette interdiction.

---

[1] Le Code n'a point renouvelé cette prohibition.

§ I. *Quelle est la nature de la défense de disposer des conquêts, établie par l'art. 279, et en quoi elle diffère du second chef de l'édit.*

640. Cette défense d'aliéner les conquêts des précédents mariages, qui est faite par l'art. 279 de la coutume de Paris, est très différente de la substitution légale faite par le second chef de l'édit, des biens que la femme qui a convolé a eus des libéralités de ses précédents maris.

A l'égard de ceux-ci, l'édit établit une substitution légale, dont il suppose que la femme qui a convolé a été tacitement grevée par la donation qui lui en a été faite par son mari, au profit de leurs enfants communs, auxquels le donateur est censé l'avoir chargée de les rendre après sa mort, dans le cas où elle se remarierait.

En conséquence de cette substitution, lorsque, par l'existence des deux conditions sous lesquelles elle est faite, c'est-à-dire, par son convol à un autre mariage, et par sa mort avant les enfants qui y sont appelés, cette substitution vient à être ouverte, toutes les dispositions que la femme a faites des biens qui y sont compris, soit avant son convol, soit depuis, sont résolues, comme nous l'avons vu *suprà*.

Pareillement, en conséquence de cette substitution, soit que la femme ait disposé des biens qui y sont compris, soit qu'elle n'en ait pas disposé, ces biens doivent appartenir aux seuls enfants de son mariage avec le mari qui les lui a donnés, sans que les enfants des autres mariages puissent y avoir aucune part.

Et pareillement, soit qu'elle ait disposé desdits biens, soit qu'elle n'en ait pas disposé, il n'est pas nécessaire que lesdits enfants soient héritiers de leur mère pour les recueillir. Ces biens, au moyen de l'ouverture de la substitution, ne sont plus dans la succession de leur mère; ils leur appartiennent en vertu de la substitution que leur père est censé en avoir faite à leur profit.

L'art. 279 n'établit rien de pareil à l'égard *des conquêts*. Les conquêts qu'une femme a faits avec son premier mari, étant, pour la part qui lui en appartient, des biens qui lui appartiennent de son chef, on ne peut pas supposer une substitution dont son premier mari l'ait grevée au profit de leurs enfants communs, par rapport auxdits biens, puisqu'elle ne les tient pas de lui.

L'art. 279 n'établit donc pas, par rapport aux conquêts, une substitution telle que celle qu'établit le second chef de l'édit, par rapport aux biens dont la femme qui a convolé a été avantagée; elle n'établit, par rapport aux *conquêts*, qu'une simple *interdiction d'aliéner*. C'est la première différence entre l'art. 279 et le second chef de l'édit.

Cette interdiction d'aliéner, que l'art. 279 établit par rapport aux conquêts, n'étant contractée par la femme que lors de son convol à un autre mariage, les dispositions desdits conquêts qu'elle a faites auparavant, subsistent. C'est une seconde différence entre l'art. 279 et le second chef de l'édit.

Etant de la nature des interdictions d'aliéner, qu'elles n'aient aucun effet lorsque la personne interdite d'aliéner certains biens, est morte sans les avoir aliénés, il s'ensuit que, lorsque la femme qui a convolé, meurt sans avoir aliéné les conquêts de ses précédents mariages, l'art. 279 n'a aucun effet par rapport auxdits conquêts, lesquels passent dans sa succession, de même que tous ses autres biens. C'est une troisième différence entre l'art. 279 et le second chef de l'édit.

Il suit aussi de là que, lorsque la femme qui a convolé, est morte sans avoir disposé desdits conquêts, lesdits conquêts se trouvant en ce cas dans sa succession, comme ses autres biens, ses enfants, même ceux du mariage pendant lequel ils ont été faits, ne peuvent en ce cas les recueillir qu'en acceptant sa

succession, dans laquelle ils se trouvent. C'est une quatrième différence entre l'article 279 et le second chef de l'édit.

§ II. *Limitation de la défense de disposer des conquêts, aux portions des enfants du premier mariage.*

641. L'interdiction de disposer des conquêts envers quelque personne que ce soit, qui est faite par l'art. 279, à la femme qui convole, est différente de la défense qui lui est faite de les donner à son second mari; celle-ci est illimitée. La donation qu'une femme a faite de quelqu'un de ses conquêts à son second mari, lorsqu'elle laisse en mourant quelque enfant de son premier mariage, est nulle, non-seulement pour la portion que l'enfant du premier mariage aurait eue dans son conquêt, mais elle est nulle pour le tout; et les enfants, tant du premier que du second mariage, sont reçus à la faire infirmer. Au contraire, l'interdiction de disposer des conquêts envers quelque personne que ce soit, est bornée aux portions qu'y auraient dû avoir les enfants du premier mariage. Cette différence est clairement expliquée dans l'art. 203 de la coutume d'Orléans, et elle doit se suppléer dans l'art. 279 de celle de Paris, auquel l'article 203 d'Orléans doit servir d'explication, comme il a déjà été observé *suprà*, n° 636.

Suivant ces principes, lorsque la femme qui, pendant son second mariage, a aliéné quelque conquêt de son premier mariage, laisse en mourant deux enfants de son premier mariage, et trois du second, la disposition ne sera infirmée que pour les deux cinquièmes portions dont cette femme n'a pu priver les enfants du premier mariage; elle subsistera pour les trois autres cinquièmes.

§ III. *Quelles espèces d'aliénations sont comprises sous la défense de disposer des conquêts, établie par l'art. 279.*

642. On pensait autrefois que la défense que fait à la femme qui se remarie, l'art. 279, de disposer des conquêts de la première communauté, ne comprenait pas seulement des donations, mais généralement toutes les aliénations; de manière que la femme ne pouvait ni les vendre, ni les aliéner, à quelque titre que ce fût, ni les hypothéquer à ses créanciers, au préjudice des portions des enfants du premier mariage, lesquels pouvaient les faire délaisser aux tiers acquéreurs pour les portions à eux afférentes, pourvu qu'ils ne fussent pas héritiers de leur mère, et, en cette qualité, tenus de la garantie envers l'acquéreur; ce qui les aurait rendus non recevables dans leur demande contre lui. C'est ce qu'enseigne Bacquet, en son *Traité des Droits de Justice*, chap. 21 (nos 335 et suiv.), où il donne l'interprétation de l'art. 279. C'est aussi ce qu'après lui enseigne Lalande, sur l'art. 203 de la Coutume d'Orléans, qui a la même disposition.

Il paraît qu'on a depuis changé de principe, et que la défense faite par l'art. 279, à la femme qui se remarie, de disposer des conquêts de sa première communauté, ne doit s'entendre communément que des dispositions à titre lucratif, et qu'il ne lui est point défendu de les vendre et de les hypothéquer pour ses affaires. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du 20 juillet 1731, rapporté par Denisart, sur le mot *Conquêt* (n° 24), dans l'espèce duquel les créanciers d'une femme, ayant, pour des dettes par elle contractées pendant son second mariage, saisi réellement un héritage qui était un conquêt de son premier mariage, et les enfants de son premier mariage y ayant formé opposition, qu'ils fondaient sur l'art. 279, lesdits enfants furent déboutés de leur opposition.

La même chose avait été jugée peu de jours auparavant, par un autre arrêt (du 8 juillet 1731) rendu en l'audience de la grand'chambre, dans l'espèce d'un homme qui avait convolé en secondes noces; il est aussi rapporté par Denisart, *ibidem* (n° 23).

643. La jurisprudence n'a pas néanmoins borné absolument aux titres lucratifs la défense de disposer des conquêts; car quoique la communauté ne soit pas un titre lucratif, lorsque l'une des parties n'y apporte pas plus que l'autre, néanmoins on a jugé qu'une veuve qui n'avait point d'autres biens que ceux de sa première communauté, ne pouvait en prendre la moindre partie pour former de sa part une communauté avec son second mari. C'est ce qui a été jugé contre la succession de la dame Learles, auparavant veuve Castel, par un arrêt du 4 août 1733, cité par Denisart, sur le mot *Conquêt* (n° 25).

§ IV. *Quand ce droit qu'ont les enfants de faire infirmer les dispositions que leur mère a faites des conquêts, est-il ouvert.*

644. Il est de la nature de l'interdiction d'aliéner, faite en faveur de certaines personnes, que celui qui est interdit d'aliéner, est censé grevé envers ceux en faveur de qui l'interdit est fait, d'une espèce de substitution des choses qu'il est interdit d'aliéner : dans le cas auquel il les aliénerait contre la défense qui lui en est faite, l'aliénation qu'il en fait, est la condition qui donne ouverture à cette espèce de substitution, et qui en conséquence donne à ceux en faveur de qui l'interdiction est faite, le droit de se pourvoir incontinent contre l'acquéreur, pour lui faire délaisser les choses qui lui ont été aliénées au préjudice de la défense d'aliéner.

Néanmoins, à l'égard de l'interdiction d'aliéner, qui est établie par l'article 279, le droit des enfants du premier mariage, en faveur de qui elle est faite, n'est pas ouvert aussitôt que leur mère a aliéné quelque conquêt de son premier mariage; il faut encore, pour qu'il soit ouvert, attendre la mort de leur mère. La raison est que cette interdiction est limitée aux portions que lesdits enfants du premier mariage auraient pu amender de leur mère : or, ce n'est que par la mort de leur mère qu'il peut devenir certain qu'ils en amenderont une portion, et quelles seront les portions qu'ils en amenderont. Ce ne peut donc être qu'à la mort de leur mère que peut être ouvert le droit de se faire délaisser pour lesdites portions, par les acquéreurs et les tiers détenteurs, les conquêts que leur mère a aliénés contre l'art. 279.

§ V. *En quelle qualité les enfants des précédents mariages ont-ils ce droit de se faire délaisser, pour les portions qu'ils auraient amendées de leur mère, les conquêts qu'elle a aliénés contre la défense de l'article* 279.

645. La défense que fait l'art. 279 à la femme qui a convolé en secondes ou autres noces, de disposer des conquêts de ses précédents mariages, est faite en faveur des enfants desdits précédents mariages, en leur qualité d'enfants. C'est pourquoi je pense que, lorsque la femme qui a convolé en secondes noces, a aliéné quelqu'un des conquêts de son premier mariage, il n'est pas nécessaire que les enfants dudit premier mariage soient héritiers de leur mère, pour revendiquer contre l'acquéreur les portions qu'ils auraient amendées de leur mère dans ledit conquêt, si leur mère ne l'eût pas aliéné.

Borjon décide au contraire que les enfants du premier mariage ne peuvent demander leurs portions dans lesdits conquêts, même contre les tiers auxquels leur mère les a aliénés, s'ils ne sont héritiers de leur mère. Sa raison est que la disposition de l'art. 279, par rapport aux conquêts, ne contient point une substitution telle que celle que contient le second chef de l'édit; que cet article ne contient, par rapport aux conquêts, qu'une simple réserve coutumière, semblable à celle que font plusieurs coutumes d'une certaine portion des propres, au profit des héritiers de la ligne d'où ils procèdent. C'est pourquoi, dit cet auteur, de même que lorsqu'une personne a donné entre-vifs de ses propres, plus qu'il ne lui est permis par les coutumes, il faut être héritier de cette personne, pour être reçu à faire réduire la donation ; pareillement, lorsqu'une femme qui s'est remariée, a, depuis son convol, disposé, par des donations

faites à des tiers, des conquêts de son premier mariage, il faut, pour que les enfants de ce mariage soient reçus à faire infirmer la donation, qu'ils soient héritiers de leur mère. (Borjon, *Droit commun de la femme*, liv. 4, tit. 6, sect. 4, n° 18.)

La réponse est facile. De ce que la réserve d'une portion des propres, qui résulte de la défense que font certaines coutumes de donner au delà d'une certaine portion des propres, est introduite en faveur des héritiers de la personne à qui la défense est faite, il ne s'ensuit nullement que toutes les autres réserves coutumières et légales qui résultent d'une défense de disposer que la loi fait, doivent nécessairement être faites en faveur des héritiers de la personne à qui la loi défend de disposer : et par conséquent, il ne s'ensuit nullement que la réserve qui résulte de la défense qui est faite par l'art. 279, à la femme qui s'est remariée, de disposer de ses conquêts, soit faite en faveur des enfants de son premier mariage, en leur qualité de ses héritiers.

Les lois qui défendent de disposer de certaines choses, renferment une réserve de ces choses au profit de ceux en faveur de qui la défense est faite. Cette réserve est une espèce de substitution, dont la personne à qui la défense est faite, est grevée par la loi envers les premiers, dans le cas où elle disposerait contre la défense de la loi. Cette substitution leur donne le droit de revendiquer les choses, lorsqu'elles ont été aliénées contre la défense; et elle s'éteint lorsque la personne à qui elle est faite, est morte sans avoir contrevenu à la loi.

Quelquefois la défense de disposer, et la réserve qu'elle contient, sont faites en faveur des héritiers de la personne à qui la défense est faite, en leur qualité d'héritiers.

Telle est, dans certaines coutumes, la défense de donner, même entre-vifs, au delà d'une certaine portion de ses propres.

Quelquefois aussi la défense de disposer, et la réserve qu'elle renferme, sont faites en faveur de certaines personnes, en une autre qualité que celle d'héritiers de celle à qui la défense est faite; et en ce cas il n'est pas nécessaire, pour jouir de cette réserve, qu'ils soient héritiers de la personne à qui la défense est faite.

Par exemple, le premier chef de l'édit défend à la femme de donner au second mari plus d'une portion d'enfant : cette défense contient une réserve légale au profit de ses enfants, de ce qu'elle aurait donné à son second mari de plus qu'une portion d'enfant.

Tous conviennent que cette réserve est faite aux enfants de cette femme, en leur seule qualité d'enfants, et non en qualité d'héritiers, et qu'il n'est pas nécessaire qu'ils soient héritiers de leur mère, pour jouir de cette réserve. Il en doit être de même de la défense de disposer des conquêts, faite par l'article 279 de la coutume de Paris, et de la réserve qu'elle renferme. Cette réserve doit pareillement être censée faite aux enfants, en leur seule qualité d'enfants; et ils doivent pareillement jouir de cette réserve, quand même ils ne seraient pas héritiers de leur mère. En effet, l'article 279 de Paris, n'est qu'une extension de l'édit; la coutume est censée, dans cet article, avoir eu les mêmes vues que l'édit, et avoir par conséquent, de même que l'édit, considéré les enfants en faveur de qui la défense de disposer est faite, en leur seule qualité d'*enfants*.

Dira-t-on que l'art. 279, par ces termes, *et quant aux conquêts...... n'en peut disposer aucunement au préjudice des portions dont les enfants desdits premiers mariages pourraient amender de leur mère*, suppose que, pour jouir de cette réserve, il faut que lesdits enfants soient héritiers de leur mère ?

Je réponds que ces termes ne supposent point cela. Ces termes, *des portions.... dont ils pourraient amender de leur mère*, signifient «des portions auxquelles ils auraient droit de succéder à leur mère dans lesdits conquêts.» Il n'en résulte autre chose, sinon que, pour que les enfants puissent jouir de

cette réserve, il faut qu'ils aient le droit de succéder à leur mère ; il faut qu'ils soient habiles à venir à sa succession ; mais il n'est pas nécessaire qu'ils acceptent sa succession ; de même que, pour jouir de celle du premier chef de l'édit, et pour être reçus à faire réduire la donation excessive faite au second mari, il est nécessaire qu'ils soient habiles à succéder à leur mère, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 570 ; mais il n'est pas nécessaire qu'ils acceptent sa succession.

646. Quoique, si la femme qui s'est remariée n'eût pas disposé des conquêts de son premier mariage, les enfants de son second mariage eussent succédé auxdits conquêts avec ceux du premier, néanmoins, lorsque cette femme a disposé de quelqu'un desdits conquêts, par donation faite à un étranger, la donation n'étant infirmée par l'art. 279, que pour les portions afférentes aux enfants du premier mariage dans lesdits conquêts, et étant valable pour le surplus, les enfants du second mariage n'y ont en ce cas aucune part ; les enfants du premier mariage ont seuls les portions qui leur reviennent dans ledit conquêt, sans qu'ils soient tenus d'en faire aucune part à ceux du second, quand même ils viendraient avec eux à la succession de leur mère.

Cela n'est point contraire au principe, « que des enfants venant à la succession de leur père ou mère, ne peuvent être avantagés les uns plus que les autres. » Il est vrai que nous ne pouvons avantager de nos biens l'un de nos enfants plus que les autres, venant à notre succession ; mais quoique dans cette espèce les enfants du premier mariage aient seuls les portions à eux afférentes dans ce conquêt où ceux du second n'ont rien, ils ne sont pas pour cela avantagés par leur mère, ni dans la succession de leur mère, plus que ceux du second mariage ; car les portions qu'ils ont dans le conquêt, pour lesquelles ils ont fait infirmer la donation que leur mère en avait faite, sont un bien qu'ils ne tiennent pas de la succession de leur mère, qui l'avait aliéné.

Cela sert encore à confirmer notre sentiment, qu'il n'est pas nécessaire que les enfants du premier mariage soient héritiers de leur mère, pour être reçus à se pourvoir contre ceux envers qui leur mère a disposé des conquêts du premier mariage ; car leurs portions dans ces conquêts, pour lesquelles ils font infirmer la donation, n'étant point censées dépendre de la succession de leur mère, il s'ensuit qu'il n'est pas nécessaire qu'ils soient héritiers de leur mère pour les recueillir [1].

§ VI. *Quand cesse l'interdiction.*

647. L'interdiction que l'art. 279 prononce contre la femme qui s'est remariée, de disposer des conquêts faits avec ses précédents maris, cesse en deux cas exprimés par les termes dudit article : « Toutefois, est-il dit, si ledit ma« riage est dissous, ou que les enfants du précédent mariage décèdent, elle en « peut disposer comme de sa chose. »

Le premier cas est donc lorsque le second mariage est dissous. L'interdiction dans laquelle ce second mariage avait mis la femme, cesse pour l'avenir ; elle peut dorénavant disposer librement. La raison est que cette interdiction avait pour fondement la crainte que le second mari ne portât cette femme à disposer au préjudice des enfants du premier mariage ; cette raison venant à cesser par la mort du second mari, l'interdiction doit cesser.

Le second cas est lorsque tous les enfants du premier mariage sont prédécédés sans laisser aucune postérité. La raison est que ce n'était qu'en leur faveur que l'interdiction était établie. C'est pourquoi, non-seulement en ce cas l'interdiction cesse pour l'avenir, mais les aliénations que la femme avait faites auparavant, sont confirmées, ne restant personne qui soit recevable à les attaquer.

---

[1] Nous sommes heureusement débarrassés de toutes ces questions.

ART. III. — Si la disposition de l'art. 279 de Paris, sur les conquêts du précédent mariage, doit être étendue à l'homme qui s'est remarié, et si elle a lieu dans les autres coutumes.

§ I. *Si l'article doit être étendu à l'homme qui s'est remarié.*

648. On a beaucoup agité la question, si la disposition de l'art. 279 de la coutume de Paris, sur les conquêts que la femme qui s'est remariée a faits avec ses précédents maris, devait être étendue à l'homme qui se remarie.

Pour la négative, on dit que cette disposition étant exorbitante du droit commun, n'est pas susceptible d'extension. D'ailleurs, les raisons sur lesquelles paraît être fondée la loi, pour défendre à la femme qui s'est remariée, de disposer des conquêts de ses précédents mariages, ne militent pas de même à l'égard de l'homme qui s'est remarié. Ces raisons sont, que si la femme ne tient pas proprement de son défunt mari les biens qu'elle a pour sa part de sa première communauté, au moins elle est redevable de ces biens à la grâce que ce mari lui a faite de lui accorder communauté de biens, et au travail et à l'industrie de son mari, qui a acquis ces biens à la communauté; or ces raisons sont particulières à la femme, et ne militent point pareillement à l'égard du mari; on ne peut pas dire que le mari est redevable à sa femme de sa part en la communauté. Le droit de communauté est une espèce de bénéfice que la femme reçoit du mari, et non le mari de la femme; et c'est pareillement par le travail et l'industrie du mari, que les biens sont acquis à la communauté.

Au contraire, pour étendre à l'homme qui s'est remarié cette disposition de la coutume, on dit que, dans la première partie de l'article 279, elle n'a fait aucune distinction entre la femme et l'homme : par conséquent, de même que dans la première disposition de cet article elle est censée avoir entendu de l'homme aussi bien que de la femme, ce qu'elle a dit de la femme, elle doit pareillement être censée avoir entendu de l'homme ce qu'elle a dit de la femme dans la seconde disposition.

On répond à ce qui a été dit pour l'opinion contraire, que, quoique la disposition de l'article 279 sur les conquêts, soit exorbitante, en ce sens qu'elle ajoute à l'édit, elle n'en est pas moins favorable, et par conséquent susceptible d'extension. Les mêmes raisons qui militent à l'égard de la femme militent à l'égard de l'homme. L'homme ne fait pas plus de bénéfice à sa femme, en contractant une communauté, lorsqu'elle est égale, que sa femme ne lui en fait; et si la femme est redevable au travail et à l'industrie de son mari, des bons succès de la communauté, le mari, de son côté, n'en est pas moins redevable à sa femme, qui y a contribué par ses soins et par son bon ménage.

Par arrêt du 4 mars 1697, rendu sur les conclusions de M. d'Aguesseau, la Cour a étendu à l'homme la disposition de l'article 279 sur les conquêts, en jugeant qu'un homme n'avait pu rien donner à une seconde femme des conquêts de sa première communauté.

La même chose avait été jugée par un arrêt précédent, appelé vulgairement l'*Arrêt des Poitevins*. Ces arrêts ont fixé à cet égard la jurisprudence; et on ne doute plus aujourd'hui que l'homme qui se remarie, ne peut rien donner de ses conquêts à sa seconde femme : mais il n'est pas également certain que l'autre partie de cette disposition de l'article 279, qui défend à la femme qui s'est remariée, de disposer des conquêts de sa première communauté envers quelque personne que ce soit, doive pareillement s'étendre à l'homme.

§ II. *Si la disposition de l'article 279 de la coutume de Paris sur les conquêts, a lieu ailleurs ; et à quelle coutume on doit avoir égard, pour décider si la disposition qu'une femme qui s'est remariée, a faite des conquêts de ses précédents mariages, est valable.*

649. La disposition de l'article 279 de la coutume de Paris sur les conquêts, n'étant point contenue dans l'édit des secondes noces, et étant un droit nouveau que cette coutume a ajouté à l'édit, le droit qui renferme cette disposition est un droit local, et particulier à la coutume de Paris, qui l'a établi, lequel ne doit pas être suivi dans les autres coutumes qui ne s'en sont pas expliquées.—C'est ce qui a été jugé par arrêt du 2 avril 1683, rapporté au *Journal des Audiences* (t. 3, liv, 9, ch. 11). Notre coutume d'Orléans, en l'article 203, a adopté cette disposition de la coutume de Paris.

650. Cette disposition ayant pour objet les biens des communautés des précédents mariages d'une femme qui convole en secondes ou autres noces, que la coutume se propose de conserver aux enfants, elle est de la classe des statuts qu'on appelle *statuts réels.*

Les *statuts réels*, à l'égard des biens qui ont une situation, exerçant leur empire sur les biens qui sont situés dans leur territoire, et non sur ceux qui sont situés ailleurs, il s'ensuit que, si une femme domiciliée dans une province qui n'a point de loi semblable à celle de Paris, se remarie, et qu'elle ait des conquêts de ses précédents mariages, situés dans le territoire de la coutume de Paris ; quoique cette femme, étant domiciliée dans une autre province, ne soit point, quant à sa personne, sujette à la coutume de Paris, elle y est sujette par rapport à ses conquêts qu'elle a dans le territoire de la coutume de Paris ; sur lesquels cette coutume a droit d'exercer son empire, comme étant dans son territoire ; c'est pourquoi elle n'en pourra rien donner à son nouveau mari, ni en disposer envers quelque personne que ce soit.

Contrà vice versâ, si une personne de Paris qui s'est remariée, a des conquêts de son premier mariage situés dans une province qui n'a pas une loi semblable à celle de Paris sur les conquêts, elle pourra donner à son second mari une portion d'enfant dans lesdits conquêts, de même que dans ses autres biens, et elle en pourra disposer librement envers d'autres personnes ; car, quoiqu'elle soit soumise, quant à sa personne, à la coutume de Paris, elle ne l'est pas par rapport auxdits biens, sur lesquels la coutume de Paris ne peut exercer son empire, puisqu'ils sont situés hors de son territoire.

Observez qu'il n'y a de biens qui aient ou soient censés avoir une situation, que les héritages, c'est-à-dire les fonds de terre et maisons ; les droits réels qu'on a dans un héritage, tels que les droits de directe seigneuriale, ou de rente foncière ; et les créances qui ont pour objet un héritage, telles que celle qu'a l'acheteur d'un héritage pour se le faire livrer. Les rentes sur l'Hôtel-de-Ville de Paris sont aussi censées avoir une espèce de situation à Paris, où est le bureau de paiement.

651. A l'égard des autres rentes constituées, des meubles corporels, et des créances de sommes d'argent ou de choses mobilières, ces biens n'ayant aucune situation, se régissent par la loi à laquelle est sujette la personne à qui ils appartiennent.

Suivant ces principes, une Parisienne qui convole à de secondes noces, ne peut rien donner à son second mari de ses rentes et de ses meubles conquêts de son premier mariage.

Cela a lieu, quand même elle épouserait un homme d'une autre province, où il n'y pas une loi semblable à celle de Paris ; car, quoique cette femme doive, dans l'instant qu'elle contractera mariage avec cet homme, prendre le domicile de cet homme, et perdre le sien, et par conséquent cesser d'être

sujette à la coutume de Paris, il suffit qu'au temps de son contrat de mariage, qui doit précéder celui de son mariage, elle n'ait pas encore perdu son domicile, et soit encore sujette à la coutume de Paris, pour qu'elle ne puisse disposer par son contrat de mariage, de ses rentes et meubles conquêts contre la disposition de la coutume de Paris. Quoique, lors de son mariage, elle ne soit plus sujette à la coutumede Paris, son mariage, qui confirme les dispositions du contrat de mariage, ne peut pas confirmer celles qui n'étaient pas valables, lorsqu'elles ont été faites.

652. *Vice versâ*, lorsqu'une femme d'une province où il n'y a pas une loi semblable à l'art. 279 de Paris sur les conquêts, épouse en secondes noces un Parisien, la donation qu'elle lui fait par son contrat de mariage, de quelques rentes ou effets mobiliers de la première communauté, est valable, jusqu'à la concurrence d'une part d'enfant : car, quoique par le mariage qu'elle doit contracter, elle doive perdre son domicile, acquérir celui de son mari, et par conséquent devenir sujette à la coutume de Paris, il suffit que, lors de son contrat de mariage, elle retienne encore son domicile, et ne soit pas encore sujette à la coutume de Paris, pour que la donation qu'elle a faite à son second mari par son contrat de mariage, ne doive pas se régler par la coutume de Paris, qui la lui interdit, mais par la loi du lieu du domicile qu'elle n'a pas encore perdu, qui ne la lui interdit pas.

Il est vrai que cette donation, de même que toutes les conventions du mariage, dépend de la condition, *si nuptiæ sequantur*, et qu'ainsi elle est confirmée par le mariage, dans un temps auquel elle devient sujette à la coutume de Paris : mais l'existence des conditions apposées à des actes entre-vifs ayant un effet rétroactif au temps de l'acte, la donation est censée avoir eu toute sa perfection dès le temps auquel elle a été contractée; et par conséquent dans un temps où cette femme n'étant pas encore sujette à la coutume de Paris, il lui était permis de donner ce qu'elle a donné.

CHAPITRE III.

Des peines de l'ordonnance de Blois contre les veuves qui contractent des mariages avec des personnes indignes.

653. Henri III, par l'ordonnance de Blois, art. 18, a établi pour un cas particulier une nouvelle peine contre les veuves qui se remarient ayant enfants; c'est celui auquel elles se remarient à un homme indigne de leur condition.

Voici les termes de cet article : « D'autant que plusieurs femmes veuves, « même ayant enfants d'autres mariages, se remarient follement à personnes « indignes de leur qualité, et qui pis est, les aucunes à leurs valets, nous avons « déclaré et déclarons tous dons et avantages qui par lesdites veuves ayant « enfants de leurs premiers mariages, seront faits à telles personnes, sous couleur de donation, vendition, association à leur communauté, ou autre quelconque, nuls et de nul effet; et icelles femmes, lors de la convention de tels « mariages, avons mis et mettons en l'interdiction de leurs biens; leur défen- « dons les vendre, ou autrement aliéner en quelque sorte que ce soit; et à « toutes personnes d'en acheter, ou faire avec elles autres contrats par les- « quels leurs biens puissent être diminués; déclarons lesdits contrats nuls et « de nul effet. »

APPENDICE

AU TRAITÉ

DU CONTRAT DE MARIAGE.

EXTRAIT DES PANDECTES

AUQUEL SE RAPPORTE LE RENVOI FAIT PAR POTHIER, DANS SON TRAITÉ DU CONTRAT DE MARIAGE, N° 527.

DIGESTORUM SEU PANDECTARUM,

LIBER XLVIII, TITULUS V.

Ad legem Juliam de Adulteriis coercendis.

SECT. I. — De Adulteriis.

Art. V. — De pœna adulterii.

LV. « Adulterii convictas mulieres, dimidia parte dotis et tertia parte bonorum, ac relegatione in insulam placuit coerceri [1]. Adulteria vero viris, pari in insulam relegatione, dimidiam bonorum partem auferri; dummodo in diversas insulas relegentur. » Paul., *Sent.*, lib. 2, tit. 26, § 14, *de Adulteriis.*

Hanc autem pœnam adulterii, ipsam esse quæ lege Julia definita fuerit, vulgo creditur. Quod tamen ut negari non potest, ita nec certo affirmari : quum neque legi Juliæ eam Paulus adscribat, et fieri possit ut legis Juliæ pœna immutata fuerit sequentium imperatorum constitutione aliqua, quæ ad nos non pervenit. Enimvero quasdam hujusmodi constitutiones circa adulteria extitisse, puta divi Marci, colligitur ex eo quod scribit Capitolinus, eum *mores matronarum diffluentes* composuisse. Apertius de Severo et diserte dicitur (apud Dionem, lib. 76, in fine) hunc imperatorem *leges de Mœchis* tulisse : ex quibus quam multi in jus vocati sint, testis ibidem Dio, quum ait, se, dum consul esset sub Severo, tria millia mœchorum invenisse in tabulis accusata. Harum

---

[1] Hæc *relegationis* pœna quam in adulteros statutam refert Paulus, non de relegatione in perpetuum, sed de relegatione ad tempus accipienda videtur. Alias etenim, ut quid opus fuisset adulterii damnatis jus prohibendi testimonii adimere? *V.* lib. 22, tit. 5, *de Testib.*, n° 2. Ut quid opus fuisset mulieris adulterii damnatæ nuptiis interdicere, *V.* lib. 23, tit. 2, *de Ritu nupt.* n° 23, si in perpetuum fuisset relegata ?

porro omnium legum aut constitutionum, ne fragmentum quidem hodie reperire est.

Sic tamen verosimilius distinguendum videtur, ut quod ait Paulus de publicatione partis bonorum, in incerto quidem sit an legi Juliæ, an posterioribus his constitutionibus adscribi debeat. *Relegationem* autem ipsam, tanquam legis Juliæ pœnam ordinariam definiri posse vix dubium est. Sic apud Tacitum (Annal., 2, 51) *Adultero Manlio, Italia atque Africa interdictum est;* ibidemque, n° 85, quædam Vistilia, ob vulgatum adulterii crimen, *in insulam Seriphon abdita est.* Plinius autem (epist. 6, 31) refert Galletam quamdam adulterii ream, damnatam a Trajano extra ordinem cognoscente, Juliæ legis pœnis relictam esse (quæ proinde sub Trajano adhuc vigebant), centurionemque hujus mulieris adulterum, ab eodem imperatore exauctoratum et *relegatum* fuisse. Porro, quanquam ex hoc Plinii loco præcise non constet quæ fuerit legis Juliæ pœna, quum non ex lege in hac specie, sed extra ordinem Trajanus cognoverit, eum tamen in adultero probabile est non recessisse a pœna legis, cui adulteram voluit relinqui. His omnibus adde quod scribit Dio lib. 55 : Julium-Antonium morte punitum; reliquos domus Augusti adulteros, quasi cujuslibet uxore violata, pœnas pependisse: quod ipsum Tacitus (*Annal.*, 4), ita breviter comprehendit, « Augustum, filiæ et neptis adulteros *morte aut fuga* punivisse. » Ergo *fuga* seu relegatio fuit pœna quæ ob cujuslibet uxorem violatam irrogabatur, adeoque ordinaria legis Juliæ pœna. Si quos autem domus suæ adulteros Augustus morte punivit, id non tanquam in adulteros simpliciter, sed tanquam in violatæ majestatis reos animadvertisse dicendum est; et ea in re, ut ibidem observat Tacitus, *suas ipse leges egrediebatur.*

LVI. Gravius etiam ex hac causa puniebatur libertus, qui hoc facinus in uxorem patroni admiserat.

Quid autem « si is qui jus annulorum impetravit, adulterium commisit in patroni uxorem, aut in patronam suam, aut in ejus eive [1] cujus libertus patris aut matris, filii filiæve fuit; an ut libertus puniri debeat? Et, si deprehensus sit in adulterio, an impune occidatur? Et magis probo, subjiciendum pœna libertinorum; quoniam lege Julia *de Adulteriis coercendis*, ad tuenda matrimonia, pro libertinis eos haberi placuit, et deteriorem causam per istud beneficium patronorum habere non oportet. » L. 42. Triphon., lib. 2, *Disput.*

LVII. Ex lege Constantini, « sacrilegos nuptiarum, gladio [2] puniri oportet. » L. 30, § 1, Cod. 9, 9, h. tit.

Idem sancivit, ut si servus cum domina adulterium commisisset, servus combureretur, mulier capite puniretur. Filiis autem ex hac conjunctione natis, sola libertas relinquitur, nec matri possunt succedere. L. unic., Cod. 9, 11, *de Mulierib. quæ se propr. serv.*

Jus illud a Constantino introductum circa pœnam mulieris adulteræ, jure Novellarum mitigatum est. Novella enim CXXXIV, cap. 10, mulier non jam capite punitur, sed verberata detruditur in monasterium, unde post biennium potest a viro recipi. Sin noluerit vir eam accipere, ibi perpetuo manet, bona-

---

[1] Alibi *eamve*; et tunc sensus planior. Id est, *in ejus* viri uxorem, *eamve* fœminam, *cujus* (viri aut fœminæ) *patris aut matris libertus fuit,* vel etiam *filii* ejus, *filiæve* libertus.

[2] Male igitur Tribonianus *Instit*, tit. ult. *de Publ. jud.* § 4, adscribit legi Juliæ pœnam gladii. Et certe si capitalis ex ipsa lege Julia fuisset pœna hujus criminis, inutiliter prorsus et perperam (longe magis hic quam in relegationis pœna) cautum fuisset de vetitis adulteræ nuptiis, et testimonii adulteris omnibus interdictione, de quibus mox supra. Quod autem Virg. *Æneid.* 6 ait, *Quique ob adulterium læsi...* (id est, occisi); intellige *læsos* non gladio judicis, sed mariti.

que ejus addicuntur monasterio : servato tamen liberis ejus, si qui sint, besse, aut his deficientibus, servato ascendentibus triente.

Ex constitutione anonymâ, « adulteris verberatis et tonsis nares abscindun-tur. Nuncii vero, et impii hujusce facinoris administri, verberati et tonsi in perpetuum releguntur. » L. fin. Cod. 9. 9 h. tit.

ART. VI. — Quæ permittantur patri et marito in mulierem adulteram et adulterum ejus.

§ Ier. *De jure occidendi adulteros, quod patri filiæ conceditur.*

LVIII. « Capite secundo legis Juliæ de adulteriis, permittitur patri tam adoptivo quam naturali, adulterum cum filia, cujuscumque dignitatis, domi suæ vel generi sui deprehensum, *sua manu* occidere. » Paul. *Sent.* lib. 2, tit. 26, § 1.

Qui textus Pauli latius refertur apud pariatorem, cujus locus mendosus ita in Pithæi editione recte restitutus est : *Paulus libro singulari de adulteriis.....*

(*Lex Julia*) « Secundo capite permittit patri, si in filia sua [1] quam in potestatem habet, aut in ea quæ eo auctore (quum in potestate esset) viro in manum convenerit adulterum domi suæ, generive sui deprehenderit, isque in eam rem [2] socerum adhibuerit, ut is pater eum adulterum sine fraude [3] occidat, ita ut filiam in continenti occidat. » *Collat. leg.* Mosaic. tit. 4, § 2.

LIX. Quæritur ergo 1° an id demum obtineat in filiafamilias?

Et quidem ita Papinianus et Ulpianus : « Patri datur jus occidendi adulterum [4] cum filia quam in potestate habet. Itaque neque alius ex patribus [5] idem jure faciet. Sed nec filiusfamilias pater. » L. 20, Papin. lib. 1, *de Adulter.*

« Sic eveniet ut nec pater [6], nec avus [7], possint occidere. Nec immerito [8] : in sua enim potestate non videtur habere, qui non est suæ potestatis. » L. 21, Ulpian., lib. 1, *de Adulter.*

Porro, « sufficit patri, si eo tempore habeat in potestate, quo occidit, non

---

[1] Ita vulgo corrupte... *Pater filias suas quas... ut in ea quæ auctore... inque eam rem, etc.*

[2] Sensus est: Si gener ejus (patris scilicet, qui filiam ex sua potestate, in potestatem generis sui per conventionem in manum transmisit) *in eam rem*, id est, ad vindictam de adulterio deprehenso sumendam, *socerum suum adhibuerit* : hoc casu permittitur patri adulterum cum filia sua occidere. Nimirum quum filia in patris potestate esse desierit, et in potestatem viri transierit, jam non habet pater jus occidendi, nisi quo casu gener ipsius auxilium ejus implorat.

[3] *Id est*, impune; ut sæpe notavimus ad L. XII *Tab.*

[4] Modo *sua manu*, supra ex Paulo. Item *cum filia* simul et quasi uno ictu: nec enim lex Julia ei permittit adulterum occidere, nisi simul et filiam confodiat; infra, n° 61. Ut autem et filiam occidere possit, id non ex ea lege, sed ex antiquo Romuli instituto habet.

[5] Quam is qui filiam in potestate habet. *Adde*, aut cujus filia ipso auctore ex potestate ejus in viri manum convenit, ut supra ex laudato apud pariatorem textu Pauli : cum hoc tamen discrimine, ut ibidem dicitur, quod in filiam, quæ in potestate est, jus occidendi patri omnino competat ; in eam autem quæ in manum convenit, non alias quam si gener ipse auxilium patris imploret. Verum, quum Justiniani ævo jamdiu exolevisset conventio in manum, nullum in libris suis voluit relinqui juris hujus vestigium.

[6] Filiusfamilias.

[7] Qui in potestate neptem habet.

[8] *Supple*, quoad avum, quia hoc jus soli patri datur : quoad patrem autem qui ipse filiusfamilias est, hac optima ratione, quia non habet filiam in potestate ; *in sua enim, etc.*

quo in matrimonio collocavit. Finge enim postea [1] redactam in potestatem. » L. 23, § 1, Ulp. lib. 1, *de Adulter.*

Ex stricto tamen jure est quod dicitur, patrem hoc jus non habere, nisi filiam in potestate habeat. Ita enim Paulus : « Filiusfamilias pater, si filiam in adulterio deprehenderit, verbis quidem legis prope est ut non possit occidere ; permitti tamen ei debet ut [2] occidat, » Paul. *Sent.* lib. 2, tit. 26, § 2, *de Adulteriis.*

Observandum 2° quod, ut jam dictum est, « nec in ea lege naturalis ab adoptivo pater separatur. » L. 22, Papin., lib. 1, *de Adulter.*

3° Nil refert cujus conditionis aut dignitatis fuerit adulter. Ita enim pergit Pariator loco supradicto : ejusdem legis « auctoritate quoque, patrem posse interficere vel consularem virum, vel patronum [3], si eum in filiam suam adulterum deprehenderit, Marcellus probat. » *Coll.* Eod. tit. 6, § 2, *v. auctoritate.*

LX. 4° Jus occidendi patri conceditur *domi suæ*, licet ibi filia non habitat, vel in domo generi.

« Sed *domus* et pro domicilio accipienda est, ut in lege Cornelia *de Injuriis.*» Ead., L. 22, § 2.

« Quare non ubicumque deprehenderit pater, permittitur ei occidere, sed *domi suæ*, *generive sui* tantum ; illa ratio redditur, quod majorem injuriam putavit legislator, quod in domum patris aut mariti ausa fuerit filia adulterum inducere. » L. 23, § 2, Ulp. lib. 1, *de Adulter.*

Hinc statim addit jurisconsultus : « Sed si pater alibi habitet, habeat autem et aliam domum in qua non habitet, deprehensam illo filiam ubi non habitat, occidere non poterit. « Ead. L. 23, § 3.

LXI. 5° « Quod ait lex : *in filia adulterum deprehenderit*, non otiosum videtur. Voluit enim ita demum hanc potestatem patri competere, si in ipsa turpitudine filiam de adulterio deprehendat. Labeo quoque ita probat, et Pomponius scripsit : in ipsis rebus Veneris deprehensum, occidi. Et hoc est quod Solo et Draco dicunt εν εργω. » Ead L. 23, pr.

Non ergo sufficeret quod quis in ipso cubiculo mariti nocte deprehensus fuisset. Nec enim ex eo solo contra aliquem inauditum colligi potest, eum adulterium commisisse, quum alia de causa ingredi et latitare potuerit [4].

6° Item, « quod ait lex, *in continenti* filiam occidat, sic erit accipiendum, ne, occiso hodie adultero, reservet, et post dies filiam occidat ; vel contra. Debet enim prope uno ictu et uno impetu utrumque occidere, æquali ira adversus utrumque sumpta. Quod si non affectavit, sed dum adulterum occidit, profugit filia, et interpositis horis adprehensa est a patre qui persequebatur, *in continenti* videbitur occidisse. » Ead. L. 23, § 4.

---

[1] Puta, morte avi in cujus potestate erat quum nupsit.

[2] Hæc posterior sententia fortasse Justiniano non placuit, qui eam libris suis non inseruit.

[3] Male vulgo *patronum suum in filiam, etc.*

Schultingius autem verbum hoc *patronum*, etiam emendandum censet : legendumque *prætorium*. Nec enim sibi persuadere potest hoc liberto patri licuisse in patronum, cujus sancta semper persona ipsi esse debet. Certe marito in patronum denegatur, *infra paragrapho seq.* Verum facile respondetur, majus in tota ea re patris jus fuisse quam mariti, ut patebit etiam ex infra dicendis.

[4] Etiamsi alias turpi de causa : ut refertur de Callidio quodam Bononiensi, qui in cubiculo mariti nocte deprehensus, et adulterii postulatus, absolutus fuit, quum affirmaret se, non adulterii causa, sed ob amorem pueri servi eo se perductum. Itaque (inquit Valer.-Max. lib. 8, 1. 12) *Crimen adulterii, libidinis intemperantis confessio liberavit.*

Nihil interest adulteram filiam prius pater occiderit, an non : dum utrumque occidat. Nam si alterum[1] occidit, lege Cornelia reus erit.

« Quod si altero occiso alter vulneratus fuerit, verbis quidem legis non liberatur, sed Divus Marcus et Commodus rescripserunt, impunitatem ei concedi : quia licet interempto adultero mulier supervixerit, post tam gravia vulnera quæ ei pater inflixerat, magis fato, quam voluntate ejus servata est : quia lex parem in eos qui deprehensi sunt indignationem exigit, et severitatem requirit. » L. 32, Macer, lib. 1, *de Pub. judic.*

§ II. *An idem marito liceat quod patri, circa jus occidendi adulteros.*

LXII. « Maritus in adulterio deprehensos, non alios quam infames, et eos qui corpore quæstum faciunt, servos etiam (excepta uxore quam prohibetur) occidere potest. » Paul. *Sent.* lib. 2, tit. 26, § 4, *de Adulteriis.*

« Inventa in adulterio uxore, maritus ita demum adulterum occidere potest, si eum *domi suæ* deprehendat. » *Eod. tit.*, § 7.

Igitur « marito quoque adulterum uxoris suæ occidere permittitur ; sed non quemlibet[2], ut patri. Nam hac lege cavetur, ut liceat viro deprehensum *domi suæ*, non etiam soceri[3], in adulterio uxoris occidere ; eum qui leno fuerit, quive artem ludicram ante fecerit, in scenam saltandi cantandive causa prodierit, judiciove publico damnatus neque integrum restitutus erit ; quive libertus[4] ejus mariti, uxorisve, patris, matris, filii, filiæ, utrius eorum fuerit. Nec interest, proprius cujus eorum, an cum alio communis fuerit, quive[5] servus erit. » L. 24. Macer, lib. 1, *Publicor.*

Addit Paulus apud Pariatorem, 4, 3, eum « qui operas suas ut cum bestiis pugnaret, locavit, *et eum* qui auctoramento rogatus est ad gladium, *id est, in gladiatorum numero se devovit*[6]. » *Collat.* LL. Moss. et Roman.

Nota tamen : « Certe si patronum, qui sit ex eo numero, qui deprehensus ab alio[7] interfici potest, in adulterio uxoris deprehenderit : deliberandum est an impune possit occidere ? Quod durum nobis esse videtur. Nam cujus fa-

---

[1] *Alterum* tantum, *id est*, adulterum.

[2] Hanc distinctionem introduxit lex Julia. Antea vero non videtur obtinuisse : hinc ad illos Horatii versus, lib. 2, *Satyr.* 7.

Quid refert uri virgis, ferroque necari,
Auctoratus *eas? An turpi clausus in arca*
Quo te demisit peccati conscia herilis,
Contractum genibus tangas caput? Estne [*marito*
Matronæ peccantis, in ambos *justa potestas?*
In corruptorem vel justior?

Antiquus scholiastes indistincte ait : *Lex fuit apud Athenienses ut adulterum cum adultera deprehensum marito liceret occidere. Hæc* lex (a Romanis recepta) *abolita est lege Julia.*

[3] Multo minus in aliena. Etenim sub imperatoribus, ut erant corrupti Romanorum mores, nonnullæ uxores interdum seorsim a viris habitabant : quod præsertim inter consulares et digniores personas accidebat : ut constat ex L. 32, § 13, ff. 24, 1 *de Donat. int. vir. et ux.* et L. 15, § 25, 2 *de Act. rer. amot.*

[4] Etiamsi jus aureorum annulorum habeat : L. 24 *supra*, nº 56.

[5] *Id est*, qualis ille servus.

[6] Vetus ille scholiastes supradictus, ad eumdem Horatii locum : gladiatores (inquit) se vendunt, et cautiones faciunt *uri virgis, ferro necari.* Et apud Senecam *Epist.* 37, de eo qui nomen professus sapientiæ se mancipat : « Eadem honestissimi, et illius turpissimi « auctoramenti verba sunt : *uri, vin-* « *ciri, ferro necari.* Ab illis qui manus « arenæ locant, cavetur ut ista vel in- « viti patiantur ; a te ut volens, etc. » Dicebantur autem *auctorati*, quia quum nemo civis, nisi se auctore, libertatem amittere posset, erant sibi *auctores* venditionis sui ispsius.

[7] Marito, qui non esset libertus adulteri.

mæ, multo magis vitæ parcendum est. » L. 38, § 9, *v. certe*. Papin. lib. 36, *quæst.*

LXIII. « Et præcipitur ut is maritus qui horum quem occiderit, uxorem sine mora dimittat. » *Ead.* L. 24, § 1.

Scilicet, quum nulla ex parte legis (ut ait Pariator, 4, 10), marito uxorem in adulterio deprehensam occidere [1] liceat : « Occiso adultero, dimittere statim maritus debet uxorem ; atque ita triduo proximo profiteri, cum quo adultero et in quo loco uxorem deprehenderit. » Paul. *Sentent.*, lib. 26, § 6, *de Adulteriis.*

« Ideo autem patri, non marito, mulierem et omnem adulterum permissum est occidere, quod plerumque pietas paterni nominis consilium pro liberis capit. Cæterum mariti calor et impetus facile decernentis, fuit refrænandus [2]. » L. 22, § 4. Papin. lib. 1, *de Adulteriis.*

LXIV. Circa supradictam, quæ marito conceditur, potestatem, hic duo notanda sunt.

Et 1° « Cæterum sui juris, an filiusfamilias sit maritus, nihil interesse a plerisque dictum est. » *Ead.* L. 24, § 2.

Et in hoc major est quæ marito concedetur licentia, quam quæ patri : supra, n° 59.

2° Quamvis adulteram uxorem marito occidere non liceat, et in hoc minus juris sit marito quam patri : tamen « maritum qui uxorem deprehensam cum adultero occidit, qui hoc impatientia justi doloris admisit, levius puniri placuit. » Paul. *Sent.* lib. 2, *Eod. tit.* 26, § 5.

Enimvero, « imperator Marcus-Antoninus et Commodus filius rescripserunt : Si maritus uxorem in adulterio deprehensam, impetu tractus doloris interfecerit; non utique legis Corneliæ *de Sicariis* pœnam excipiet. Nam et divus Pius in hæc verba rescripsit Apollonio : Ei qui uxorem suam in adulterio deprehensam occidisse se non negat, ultimum supplicium [3] remitti potest; quum sit difficillimum justum dolorem temperare; et [magis] quia plus fecerit, quam quia vindicare se non debuerit puniendus sit. Sufficiet igitur, si humilis loci sit, in opus perpetuum eum tradi; si quis honestior, in insulam relegari. » L. 38, § 8. Papin. lib. 30, *quæst.*

Item, quamvis adulter, qui non est vilis persona, non jure a marito occidatur; levius pariter punietur maritus si occiderit. Unde ita rescribit Alexander : Gracchus, quem Numerius in adulterio noctu deprehensum interfecit, si ejus conditionis fuit, ut per legem Juliam impune occidi potuerit, quod legitime factum est, nullam pœnam meretur : idemque filiis ejus, qui patri paruerunt, præstandum est [4]. Sed si legis auctoritate cessante, inconsulto dolore adulterum interemit, quamvis homicidum perpetratum sit, tamen, quia et nox

---

[1] Ita omnino jure Pandectarum. Jure autem antiquo id licuit. Ita enim M. Cato cujus verba refert Gellius. (*Noct. attic.* to. 23) :

« In adulterio uxorem tuam si de-« prehendisses, sine judicio impune « necares : illa te, si adulterares, di-« gito non auderet contingere. » Ita fortasse, quia viri in uxores quæ in manum convenerant, jus patriæ potestatis habebant: quod longe ante Justinianum exoleverat.

[2] Scilicet in occidendo; contra autem præferendus in accusando, supra n° 15, ad legitimam sceleris coercitionem.

[3] Quod tempore D. Pii erat sicariorum pœna, et quam ideo Antoninus et Commodus *pœnam legis Corneliæ* vocant, quia successerat deportationi quam dicta lex irrogabat.

[4] Hinc recte colligitur, maritum iis quos occidendi jus habet, non solum *sua manu* (ut supra dictum est in patre) sed et per domesticos suos necem inferre posse.

et dolor justus factum ejus relevant, potest in exilium dari. » L. 4, Cod. 9, 9, *h. tit.*

Novella CXVII, *cap. fin.*: Tanquam adulterum occidere jure possum, eum quem post trinas denuntiationes (ex scripto et eum trium testium testimonio factas) ne uxorem meam inviseret, invenio sive in mea, sive in uxoris, aut in adulteri domo; aut in popinis, aut in suburbanis, cum uxore mea. Quod si in alio loco eum cum uxore mea inveniam, judici tradendus est; et ex eo solo adulterii convincetur,

§ III. *Quæ jura communia sint patri et marito, contra adulteros.*

LXV. Hactenus de jure occidendi quod pater aut maritus habent.

« Illud in utroque ex sententia legis quæritur, an patri magistratum occidere liceat? Item si filia ignominiosa sit, aut uxor contra leges nupta, an id jus nihilominus pater maritusve habeat? Et quid si pater, maritusve, leno, vel aliqua ignominia notatus est? Et rectius dicetur, eos jus occidendi habere, qui jure patris maritive accusare [1] possunt.» L. 24, § 3. Macer. lib. 1, *Public.*

LXVI. In utroque etiam, præter jus occidendi, et illud nota quod ait Papinianus : « Sed qui occidere potest adulterum, multo magis contumelia poterit jure adficere. » L. 22, § 3. Papin. lib. 1, *de Adulter.*

Nota : eumdem scilicet qui jure occideretur, id est, adprehensum et convictum. Alias, sicut nec occidere, ita nec quidquam in eum audere impune potest, ex lege Julia; sed jure judicioque agere debet. Quocirca refert Plutarchus de ipso Augusto, cum in adolescentem Juliæ filiæ adulterio famosum incidisset, eumque manibus pulsasset, adolescente clamante ; *legem, Cæsar, tulisti,* adeo Augustum facti pœnituisse, ut per totum diem cibo abstinuerit.

LXVII. Est et aliud jus quod in adulterum tam viro quam patri conceditur.

Enimvero, « capite quinto legis Juliæ ita cavetur, ut viro adulterum in uxore sua deprehensum, quem aut nolit, aut non liceat occidere, retinere horas diurnas nocturnasque continuas, non plus quam viginti, testandæ ejus rei causa, sine fraude sua, jure liceat. » L. 25, Ulpian. lib. 2, *ad L. Jul. de Adulter.*

« Ego arbitror, etiam in patre id servandum, quod in marito expressum est.» *Ead.* L. 25, § 1.

« Sed etsi non in domo sua deprehenderit maritus, poterit retinere. » *Ead.* L. 25, § 2.

« Sed semel remissus adulter, reduci non potest.» *Ead.* L. 25, § 3.

« Quid ergo si evaserit? An reductus custodiri viginti horis possit? Et putem hic magis dicendum, reductum retineri posse testandæ rei gratia.» *Ead.* L. 25, § 4.

« Quod adjicitur, *testandæ ejus rei gratia,* ad hoc pertinet, ut testes inducat testimonio futuros accusatori, deprehensum reum in adulterio.» *Ead.* L. 25, § 5.

---

[1] Unde sequitur eum qui in magistratu est non posse occidi; quia, quamdiu in magistratu est, accusari non potest : *V.* tit. 2, *de Accusat.* n° 1. Nec locum esse juri occidendi, quum ignominiosa est mulier, aut contra leges nupta, aut maritus infamis; quia adulterium in ignominiosa muliere non committitur, *V.* n° 7. Nec jure viri accusari potest quæ non justa uxor est, n° 22. Nec a marito lenone, n° 27, aut qui alias turpis persona sit L. 3, n° 15.

FIN DE L'APPENDICE.

TRAITÉ DU DOUAIRE.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

Une des principales conventions matrimoniales usitées dans les provinces régies par le droit coutumier, est celle qui concerne le douaire.

Il y a deux espèces de douaire : — 1° le douaire de la femme ; — 2° dans quelques coutumes le douaire des enfants.

PREMIÈRE PARTIE.

DU DOUAIRE DE LA FEMME.

1. Le *douaire de la femme* est ce que la convention ou la loi accorde à la femme dans les biens de son mari, pour sa subsistance, en cas qu'elle lui survive [1].

[1] Il est permis aux parties de stipuler par le contrat de mariage que la femme survivante aura droit à prendre telle ou telle somme ou valeur sur les biens de son mari, pourvu que la quotité disponible ne soit pas dépassée, cette convention sera valable : on lui donnera si l'on veut le nom de *douaire*, mais il sera *conventionnel* : il n'y en a plus de *légal*, car on ne peut regarder comme tel les modiques avantages que la loi accorde à la veuve dans les art. 1465 et 1481, C. civ.

Art. 1465 : « La veuve soit qu'elle « accepte soit qu'elle renonce, a droit, « pendant les trois mois et quarante « jours qui lui sont accordés pour faire « inventaire et délibérer, de prendre « sa nourriture et celle de ses domes- « tiques sur les provisions existantes, « et, à défaut par emprunt au compte « de la masse commune, à la charge « d'en user modérément. Elle ne doit « aucun loyer à raison de l'habitation « qu'elle a pu faire, pendant ces délais, « dans une maison dépendante de la « communauté, ou appartenant aux « héritiers du mari ; et si la maison « qu'habitaient les époux à l'époque « de la dissolution de la communauté, « était tenue par eux à titre de loyer, « la femme ne contribuera point, pen-

2. Il n'y avait anciennement qu'une seule espèce de douaire, qui était le *conventionnel.* Nous apprenons de Philippe de Beaumanoir, dans ses coutumes de Beauvoisis, ch. *du Douaire* (ch. 13), que c'est le roi Philippe Auguste, qui, vers le commencement du treizième siècle, a établi le *douaire légal*, en ordonnant que la femme serait douée *de la moitié de ce que l'homme avait lorsqu'il l'épousa*; Loisel, liv. 1, tit. 3, *des Douaires*, règle 1.

Depuis, dans la plupart des coutumes, il y a deux espèces de douaire :

Le *conventionnel*, qui est celui dont les parties sont convenues par le contrat de mariage ; et le *coutumier*, qui est celui que la loi municipale accorde.

Il y a néanmoins un petit nombre de coutumes qui n'admettent encore que le douaire conventionnel. Lorsque les biens de l'homme qui se marie, sont régis par ces coutumes, la femme ne peut prétendre aucun douaire, si elle a été mariée sans contrat de mariage, ou si, par le contrat de mariage, il ne lui en a été accordé aucun.

Telles sont les coutumes de la Marche, de la Rochelle, de Cambrai, d'Issoudun, de Vatan, etc.

Il y en a qui font à cet égard une distinction entre les femmes nobles et les roturières, comme nous le verrons *infrà.*

3. Les coutumes qui accordent un douaire, ne l'accordent, pour la plupart, qu'à défaut du conventionnel, comme nous le verrons *infrà.*

Il y en a néanmoins qui accordent à la femme le choix de son douaire conventionnel ou du coutumier, quoique ce choix ne lui ait pas été expressément réservé par le contrat de mariage [1], comme nous le verrons *infrà.*

La femme peut encore en un cas n'avoir aucun douaire, même dans les coutumes qui lui en accordent un. Ce cas est celui auquel la femme y aurait expressément renoncé par le contrat de mariage. En vain opposerait-on contre cette convention, que les parties ne peuvent par leurs conventions déroger aux lois : *Privatorum conventio juri publico non derogat;* L.45, § 1er, ff. *de Reg. jur.* La réponse est, que ce principe n'a lieu qu'à l'égard des lois qui ont pour objet quelque intérêt public ; mais il en est autrement de celles qui n'ont pour objet que l'intérêt des particuliers. C'est pourquoi Ulpien, en la loi 31, ff. *de Pact.*, dit que les parties peuvent, par leur convention, déroger à l'édit des édiles, en convenant que l'acheteur n'aura pas les actions que cet édit accorde aux acheteurs contre les vendeurs, en cas d'éviction. Pareillement la loi qui accorde un douaire aux femmes, n'ayant pour objet que leur intérêt particulier, elles peuvent y renoncer valablement par leur contrat de mariage.

Mais, pour qu'elles soient censées y avoir renoncé, il faut que la convention soit bien expresse. C'est pourquoi, par arrêt du 2 mars 1648, rapporté au premier tome du *Journal des Audiences*, dans l'espèce d'une convention matrimoniale par laquelle il était dit : *Il y aura exclusion de communauté.... sans que la future épouse prétende* AUCUNE CHOSE *dans les biens que le futur époux a et possède tant en meubles qu'immeubles, ni même à ceux qui pourront être acquis pendant le mariage, sinon ce qui sera ci-après déclaré*; après quoi il était dit plus bas, *qu'elle prendrait sur le plus clair des biens du mari, autant de fois 200 livres que le mariage aurait duré d'années;* il fut jugé que la femme n'était pas censée avoir, par cette convention, renoncé au douaire coutumier, et qu'elle devait l'avoir, outre ce qui lui avait été donné.

« dant les mêmes délais, au paiement « dudit loyer, lequel sera pris sur la « masse. »

Art. 1481 : « Le deuil de la femme « est aux frais des héritiers du mari « prédécédé. La valeur de ce deuil est « réglée selon la fortune du mari. Il « est dû même à la femme qui renonce « à la communauté. »

[1] Toutes ces distinctions sont étrangères au droit actuel, qui n'admet point de douaire légal.

Nous diviserons cette première partie en sept chapitres.—Nous traiterons dans le premier, de l'origine et de la nature du douaire, et des femmes qui doivent avoir un douaire.—Nous verrons dans le second, en quoi consiste le douaire;—Dans le troisième, quand se contracte l'obligation du douaire, quand il est ouvert, comment il s'acquiert;—Dans le quatrième, quelles sont les actions de la douairière, auxquelles le douaire donne ouverture;—Dans le cinquième, nous traiterons du droit d'usufruit de la douairière sur les héritages qui y sont sujets;—Dans le sixième, nous verrons quand finit le douaire; pour quelles causes la femme en peut être privée, et si elle peut avoir don et douaire tout à la fois.—Enfin dans le septième, nous traiterons de la restitution qui doit être faite des biens sujets au douaire après l'extinction de l'usufruit de la douairière.

CHAPITRE PREMIER.

De l'origine du douaire et de sa nature, et quelles femmes doivent avoir un douaire.

ART. Ier. — Quelle est l'origine du douaire.

4. Ce n'est pas dans le droit romain qu'on doit chercher l'origine du douaire : il n'y a rien dans ce droit qui y ait rapport. Nous la trouvons plutôt dans les mœurs des anciens peuples de Germanie, qui se sont établis dans nos provinces. Tacite, *de Moribus Germanorum*, rapporte que chez ces peuples, les femmes n'apportaient pas de dot aux maris, mais en recevaient : *Dotem non uxor marito, sed maritus uxori offert*[1]. Cette dot que la femme, au rapport de Tacite, recevait du mari, était vraisemblablement la même chose que ce qu'est notre douaire, c'est-à-dire quelque portion que l'homme, en se mariant, assignait dans ses biens à la femme qu'il épousait, pour que la femme en jouît après la mort de son mari, en usufruit pour sa subsistance. Les femmes, chez la plupart de ces peuples, comme chez les Saliens, étant incapables de succéder aux héritages de leurs parents, il était nécessaire que leurs maris pourvussent de leurs biens, après leur mort, à la subsistance de leurs veuves.

Il est fait mention du douaire dans les capitulaires de nos rois. Il est dit au liv. 7, cap. 179, de la collection de Benedictus Levita, que l'homme, en se mariant, doit doter la femme qu'il épouse, c'est-à-dire lui assigner un douaire : *Per consilium et benedictionem sacerdotis, et consultu aliorum bonorum hominum eam sponsare et legitimè dotare debet.*

De là cette ancienne formule qui était usitée autrefois dans les célébrations de mariage, comme nous l'apprenons de Philippe de Beaumanoir, qui rapporte que le prêtre fait dire à l'homme, quand il épouse la femme : « *Du douaire qui* « *est devisé entre mes amis et les tiens, te doue.* » (*Ibid.*, ch. 13, n° 12, *in fine.*)

---

[1] Tacite *de Moribus Germ.* n° 18, il ajoute :

Intersunt parentes et propinqui, ac munera probant : munera non ad delicias muliebres quæsita, nec quibus nova nupta comatur; sed boves et frenatum equum, et scutum cum frameâ gladioque, in hæc munera uxor accipitur : atque invicem ipsa armorum aliquid viro offert, hoc maximum vinculum, hæc arcana sacra, hos conjugales deos arbitrantur.

ART. II. — De la nature du douaire.

5. Quoique le douaire soit pour la femme un titre lucratif, en ce sens qu'elle ne donne rien pour et à la place de ce qu'elle reçoit à ce titre ; néanmoins le douaire ne peut être regardé comme une donation que le mari fasse à sa femme. Une donation est une libéralité qu'on fait à quelqu'un, sans y être obligé, *liberalitas nullo jure cogente facta*. C'est ce qu'on ne peut pas dire du douaire. Suivant nos mœurs, et suivant ce que nous venons de rapporter de l'origine du douaire, un homme, en épousant une femme, contracte l'obligation de pourvoir sur ses biens, après sa mort, à la subsistance de sa femme, au cas qu'elle lui survive. La loi laisse aux parties la liberté de régler elles-mêmes, par le contrat de mariage, ce que l'homme doit laisser à sa veuve pour cela. Ce qu'elles ont réglé, est le douaire conventionnel. Lorsque les parties ne l'ont pas réglé par le contrat de mariage, la loi le règle elle-même ; et ce que la loi règle, est le *douaire coutumier*.

De là il suit que le douaire, soit coutumier, soit même conventionnel, n'est pas une donation, puisque ce n'est pas *liberalitas nullo jure cogente facta*, et que tant l'un que l'autre procède d'une obligation que l'homme contracte par le mariage envers sa femme en l'épousant.

En vain opposerait-on qu'étant permis de convenir par le contrat de mariage, que la femme n'aura aucun douaire, le douaire est *liberalitas nullo jure cogente facta*, et par conséquent une donation. Je réponds, qu'il ne s'ensuit pas de là que le douaire soit une donation, et non une dette ; mais il suit seulement que la femme peut, par le contrat de mariage, en faire remise. Le douaire coutumier n'est pas une donation que le mari fasse à sa femme, puisqu'elle le tient de la loi, plutôt que de son mari. Elle peut, par une convention du contrat de mariage, renoncer à ce droit, et en faire remise, soit pour partie, en se contentant d'un douaire conventionnel moindre que le coutumier, soit pour le total, en convenant qu'elle n'aura aucun douaire.

Le douaire conventionnel n'est pas non plus une donation que le mari fasse à sa femme ; car le mari le constitue à la femme pour et à la place du douaire coutumier qu'il lui doit.

6. Mais lorsqu'il excède la valeur du douaire coutumier, n'est-il pas donation de cet excédant ? Non. Il est toujours, même en ce cas, censé procéder, non d'une pure libéralité, mais de l'obligation qu'un homme contracte, en se mariant, de pourvoir à la subsistance de sa veuve.

La coutume, en réglant le douaire pour le cas auquel les parties ne l'auraient pas réglé elles-mêmes, ne dit pas que ce qu'il faut pour la subsistane de la veuve, ne pourra monter à plus qu'à ce à quoi elle a réglé le douaire : elle s'en rapporte là-dessus à l'estimation qu'en font les parties par le contrat de mariage ; elle n'en fait elle-même l'estimation que lorsque les parties ne l'ont pas faite.

De là il suit que le douaire conventionnel, quoiqu'il excède le coutumier, n'est pas sujet à l'insinuation, à laquelle les ordonnances ont assujetti les donations.

Renusson, *du Douaire*, ch. 4, n° 5, apporte une limitation au principe, qui est que, lorsque le douaire préfix, non-seulement excède le coutumier, mais est immense, comme lorsqu'il est de l'usufruit de tous les biens du mari, ou lorsqu'il est en propriété, il peut en ces deux cas passer pour donation, et être sujet à insinuation. Lemaître soutient au contraire, que, même dans ces cas, il ne doit être regardé que comme une simple convention matrimoniale, non sujette à insinuation.

On a tiré de ces principes une autre conséquence, qui est, que le douaire conventionnel des femmes, et dans les coutumes qui accordent un douaire aux enfants, le douaire conventionnel des enfants, n'est pas sujet à retranchement

pour la légitime des enfants [1]. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du 27 mars 1629, rapporté par Bardet, tom. 1 (liv. 3, ch. 37).

Dans l'espèce de l'arrêt, c'était un enfant d'un premier mariage, qui demandait son douaire aux enfants du second mariage, héritiers du père commun, lesquels prétendaient retrancher leur légitime sur ce douaire. L'arrêt jugea qu'il n'était pas sujet à ce retranchement, par la raison que le douaire des enfants, dans les coutumes qui le leur accordent, n'est pas une donation, mais une dette qui procède de l'obligation que ces coutumes imposent à tout homme qui se marie, d'assurer sur les biens qu'il a en se mariant, aux enfants qui naîtront du mariage, de quoi leur former un patrimoine, dont leur mère, si elle survit, aura l'usufruit. Par la même raison, le douaire des femmes n'étant pas une donation, mais une dette, puisqu'elle procède pareillement de l'obligation qu'un homme contracte, en se mariant, de pourvoir sur les biens qu'il a, d'une subsistance à sa veuve, il ne doit pareillement être sujet à aucun retranchement pour la légitime des enfants.

Il y a néanmoins un cas auquel le douaire conventionnel est réputé donation, non pas à la vérité entièrement, mais seulement jusqu'à concurrence de ce qu'il excède le douaire coutumier; c'est le cas de l'édit des secondes noces. Le douaire conventionnel, qu'un homme qui a des enfants d'un premier mariage, accorde à une seconde femme, est réputé donation, jusqu'à concurrence de ce dont il excède le douaire coutumier, et sujet en conséquence, pour cet excédant, au retranchement auquel sont sujettes les donations faites à une seconde femme, comme nous l'avons vu en notre *Traité du Mariage*, part. 7; ce qui a été établi pour empêcher les fraudes qu'un homme qui se remarie, pourrait faire à l'édit, en donnant le nom de *douaire* à des avantages immenses qu'il ferait à une seconde femme, au préjudice des enfants de son premier mariage, contre la défense de l'édit.

ART. III. — Quelles femmes doivent avoir un douaire.

7. Le droit qu'ont les femmes d'avoir un douaire, étant un des effets civils du mariage, c'est une conséquence que, pour qu'une femme, après la mort de son mari, puisse avoir un douaire sur les biens de sondit mari, il faut non-seulement que son mariage ait été valablement contracté; mais il faut aussi que ce soit un mariage qui eût les effets civils.

Néanmoins, lorsque la femme a contracté mariage de bonne foi, ayant un juste sujet d'ignorer l'empêchement qui rendait le mariage nul, sa bonne foi donne à ce mariage, quoique nul, les effets civils, et donne par conséquent à cette femme le droit d'avoir, sur les biens de ce prétendu mari, un douaire, soit le conventionnel, soit, à défaut du conventionnel, le douaire coutumier, sans que les héritiers de ce prétendu mari puissent lui opposer la nullité du mariage [2].

---

[1] Nos lois nouvelles n'accordent aucun douaire ni à la veuve ni aux enfants : elles ne reconnaissent donc point l'existence de cette dette dont parle ici Pothier. Il faudrait donc considérer comme libéralité toute stipulation de douaire au profit de la veuve. Quant aux enfants, aucun douaire ne peut être réglé en leur faveur, soit parce qu'ils n'existent pas encore, soit parce que ce serait un pacte sur succession non ouverte.

[2] Le Code assure également les effets civils au mariage quoique nul, lorsqu'il a été contracté de bonne foi. *V.* art. 201 et 202, C. civ.

Art. 201 : « Le mariage qui a été « déclaré nul, produit néanmoins les « effets civils, tant à l'égard des époux « qu'à l'égard des enfants, lorsqu'il a « été contracté de bonne foi. »

Art. 202 : « Si la bonne foi n'existe « que de la part de l'un des deux « époux, le mariage ne produit les ef- « fets civils qu'en faveur de cet époux « et des enfants issus du mariage. »

8. Lorsqu'une femme étrangère, non naturalisée, contracte un mariage en France, dans les provinces régies par le droit coutumier, soit avec un Français, soit avec un étranger, il n'est pas douteux qu'on ne peut lui contester le douaire conventionnel qu'elle a stipulé par son contrat de mariage; car les conventions appartiennent au droit des gens, auquel les étrangers participent avec nous.

Le douaire coutumier souffre plus de difficulté. De même que le droit de transmettre sa succession, et celui de recueillir la succession des autres (le droit de tester, et celui de recueillir les dispositions testamentaires des autres, étant établis par la loi civile), n'appartiennent qu'aux personnes qui ont le droit de citoyen, il semble que l'on doit, par la même raison, décider que le douaire coutumier que les coutumes accordent aux femmes sur les biens de leurs maris, étant un droit accordé par la loi civile, il doit pareillement être censé n'être accordé qu'aux femmes qui ont les droits de citoyen, et ne pouvoir par conséquent être prétendu par une femme étrangère non naturalisée.

Renusson (ch. 2, nº 10 et suiv.) distingue, lorsqu'une femme étrangère non naturalisée, s'est mariée en France, dans une province régie par le droit coutumier, sans avoir fait de contrat de mariage. Si c'est à un homme étranger comme elle, il décide que, dans ce cas, la femme ne peut prétendre aucun douaire, par les raisons ci-dessus exposées: mais si c'est à un Français que cette femme étrangère s'est mariée, quoique sans contrat de mariage, il dit qu'elle pourra demander, après la mort de son mari, le douaire tel qu'il est réglé par les coutumes, non comme douaire coutumier, et comme le tenant de la loi, qui ne l'accorde qu'aux femmes qui ont les droits de citoyen, et non aux étrangères, mais comme le tenant d'une convention qu'on doit supposer être tacitement intervenue entre son mari et elle, par laquelle son mari est censé s'être obligé de lui laisser un douaire; et ne s'étant pas expliqué sur la quantité, il est censé le lui avoir accordé tel qu'il est réglé par les coutumes où ses biens sont situés, auxquelles il est censé s'en être rapporté. La présomption de cette convention est fondée sur cette règle de droit : *In contractibus tacitè veniunt ea quæ sunt moris et consuetudinis in regione in quâ contrahitur.*

Suivant cette règle, lorsque des parties se marient, elles sont censées être tacitement convenues de tout ce qu'il est d'usage dans le lieu de leur domicile où elles se marient, de convenir en se mariant, quoiqu'elles ne s'en soient pas expliquées. Donc, étant d'usage dans les provinces régies par le droit coutumier, qu'un homme, en se mariant, s'oblige toujours à laisser à sa femme un douaire, dont il fixe la quantité, ou sur laquelle il s'en rapporte à ce qui est réglé par les coutumes; l'homme qui a contracté mariage avec cette étrangère, dans une province régie par le droit coutumier, où il avait son domicile, est censé tacitement convenu avec sa femme, en l'épousant, de lui laisser ce douaire après sa mort.

Je suis fort de l'avis de Renusson, mais je ne vois pas pourquoi il ne suppose cette convention que dans le cas auquel cette femme étrangère s'est mariée à un Français. Il me semble qu'il y a la même raison pour la supposer lorsqu'elle s'est mariée dans une province régie par le droit coutumier, à un homme étranger comme elle, et qui y était domicilié [1]. Les étrangers étant capables de conventions, il n'importe, pour pouvoir supposer cette convention, que cette femme étrangère se soit mariée à un étranger ou à un Français.

9. La coutume de Saintonge n'accorde un douaire coutumier à défaut du conventionnel, qu'aux femmes nobles. Au contraire, les coutumes d'Anjou et

---

[1] Il est probable que Renusson n'admettait pas que les étrangers eussent en France un véritable domicile.

du Maine accordent indistinctement le douaire coutumier, à défaut du conventionnel, à toutes les femmes roturières, et ne l'accordent pas à la femme noble qui a épousé un noble, lorsqu'elle a été héritière principale de ses père et mère, ou de l'un d'eux, ou de quelqu'un de ses lignagers.

Les autres coutumes qui accordent un douaire à défaut de conventionnel, l'accordent à toutes les femmes, soit nobles, soit roturières; sauf que quelques-unes règlent différemment celui des femmes nobles et celui des rorières[1].

CHAPITRE II.

En quoi consiste le douaire.

SECT. Ire. — EN QUOI CONSISTE LE DOUAIRE COUTUMIER.

Le douaire coutumier, dans la plupart des coutumes, consiste dans l'usufruit que la coutume accorde aux femmes, d'une certaine portion de certains biens de leursdéfunts maris.

Nous diviserons cette section en six articles.

Nous exposerons dans un premier article la variété des coutumes sur ce en quoi elles font consister le douaire coutumier.

Nous verrons dans un second article quels sont les biens que la coutume de Paris et le droit le plus commun des coutumes assujettit au douaire; pour quelle portion et sous quelles charges.

Nous verrons dans un troisième si les immeubles que le mari avait au temps des épousailles, ou qui lui sont venus depuis de ses père, mère ou autres ascendants, peuvent être sujets au douaire lorsqu'ils sont grevés de substitution après sa mort.

Nous verrons dans un quatrième si le douaire a lieu dans ce qui est uni aux héritages sujets au douaire, dans ce qui en reste, et dans ce qui y est subrogé.

Nous verrons dans un cinquième quand les immeubles sujets au douaire cessent de l'être; et nous traiterons de l'indemnité qui peut être prétendue par la douairière.

Enfin nous traiterons dans le sixième article, du douaire subsidiaire de la coutume d'Orléans et de quelques autres coutumes.

ART. Ier. — De la variété des coutumes sur ce en quoi consiste le douaire coutumier.

10. Il y a une assez grande variété dans les coutumes, sur les biens dans lesquels elles accordent aux femmes une portion en usufruit pour leur douaire.

Il y a aussi variété entre elles sur la quotité de cette portion.

Les biens dans lesquels les coutumes accordent une portion en usufruit aux femmes pour leur douaire, sont, suivant le droit le plus commun, les immeubles que le mari a au temps auquel se contracte le mariage.

La plupart des coutumes y ajoutent ceux qui, durant le mariage, adviennent au mari de ses père, mère ou autres ascendants, soit à titre de succession, soit

---

[1] Voilà une grande variété et dont il devait être difficile de rendre une raison satisfaisante.

à titre de don ou de legs; les dons et legs faits à des enfants étant censés faits en avancement de succession, ou pour en tenir lieu.

Voy. la raison de ce droit, *infrà*, n° 37.

11. La coutume de Paris et le plus grand nombre des coutumes n'accordent aucun douaire à la femme sur les biens qui adviennent à son mari pendant le mariage, par les successions de ses enfants ou de ses collatéraux, ni sur les immeubles qu'il acquiert pendant le mariage, à quelque titre que ce soit, ni encore moins sur les meubles.

Quelques coutumes se sont écartées de ce droit commun :

1° Au lieu que, par le droit commun, le douaire n'a lieu sur les héritages échus au mari pendant le mariage, que lorsqu'ils lui sont venus de ses père, mère ou autres ascendants; au contraire, la coutume de Sedan, art. 204, l'accorde sur tous ceux advenus en ligne directe, tant descendante qu'ascendante.

12. 2° Au lieu que, par le droit commun, le douaire des femmes est tellement restreint aux héritages que le mari avait lorsqu'il s'est marié, et à ceux qui lui sont advenus depuis de ses ascendants, qu'à défaut de ces biens la femme n'a aucun douaire coutumier à prétendre; au contraire la coutume d'Orléans, art. 221, accorde, à défaut de ces biens, un douaire subsidiaire sur les conquêts immeubles de son mari; à défaut de conquêts, sur ses meubles.

La coutume de Tremblevif, locale de Blois, a la même disposition que celle d'Orléans, pour le douaire subsidiaire; mais elle ne l'accorde qu'entre roturiers.

La coutume de Dunois accorde aussi un douaire subsidiaire· mais elle le fixe à une somme de soixante sous tournois pour une fois.

Nous traiterons du *douaire subsidiaire* dans un article particulier.

13. 3° Au lieu que le droit commun accorde le douaire sur les immeubles que le mari avait lors du mariage, quelques coutumes l'accordent sur ceux qu'il laisse lors de son décès, dont elles exceptent les conquêts. Telles sont les coutumes de Berri et de Bourbonnais.

La raison de l'exception des conquêts que font ces coutumes, est qu'il doit suffire à la femme d'avoir sur ces conquêts un droit de communauté. Ces coutumes refusent indistinctement à la femme le douaire sur les conquêts : elle ne peut donc pas le prétendre, même dans le cas auquel elle renoncerait à la communauté; car il suffit, pour que ces conquêts ne soient pas sujets au douaire, que la femme ait pu y avoir droit de communauté, quoiqu'elle n'ait pas voulu user de ce droit. Mais lorsqu'il y a exclusion de communauté par le contrat de mariage, la femme a douaire, dans ces coutumes, sur tous les acquêts faits par le mari durant le mariage.

C'est la doctrine de Dumoulin, en sa note sur l'art. (250) de la coutume de Bourbonnais, qui excepte du douaire de la femme les conquêts; *parce que*, dit la coutume, *elle en a la moitié*. Sur quoi Dumoulin dit : *Secùs ergò si non est communis; quod est verum si non est communis ab initio quo derogatur societati : secùs si non est communis quia vidua renuntiat; non enim doarium augetur, quia semel ab initio limitatum fuit.*

14. La seconde espèce de variété consiste dans la quotité de la portion que les coutumes accordent aux femmes pour leur douaire.

Les coutumes se sont partagées entre la moitié et le tiers.—Celles de Paris et d'Orléans, et beaucoup d'autres, ont déterminé cette portion à la moitié; et en cela elles se sont conformées à l'ordonnance de Philippe Auguste, dont nous avons parlé *suprà*.—Les coutumes de Normandie et de Bretagne, Poitou, Anjou, Maine, Grand-Perche, etc., ont déterminé au tiers la portion dont la femme doit jouir pour son douaire; ce que ces coutumes paraissent avoir retenu d'une ordonnance de Jean Sans Terre, roi d'Angleterre, qui avait réglé

le douaire au tiers; la plupart de ces provinces ayant été autrefois sous la domination des rois d'Angleterre.

Quelques coutumes font, pour la quotité du douaire, distinction des différentes espèces de biens, comme Calais et Boulonnais, qui le règlent à la moitié pour les fiefs, et au tiers pour les biens tenus en roture.

15. Celle de Tours distingue la qualité des personnes : elle fixe la quotité du douaire au tiers pour les nobles, et elle la fixe à la moitié pour les veuves des roturiers; sauf à l'égard des fiefs échus en tierce foi, dans lesquels elle n'accorde que le tiers.

16. Quelques coutumes n'ont pas fixé le douaire à une certaine portion de certains biens du mari; mais elles l'ont réglé tout différemment. Celle du comté de Bourgogne règle le douaire des femmes roturières au tiers en usufruit de ce qu'elles ont apporté en mariage.

17. La coutume de Menetou, locale de Blois, règle le douaire des femmes des gens de labour, à une somme de cent sous, lorsqu'il n'y a pas d'enfants du mariage, et à une somme de cinquante sous, lorsqu'il y a des enfants; à prendre ces sommes sur les biens de la communauté. Celle de Chabris, aussi locale de Blois, règle le douaire des femmes des roturiers à une somme de dix livres, à prendre sur la part du mari dans les meubles.

18. Dans cette variété de coutumes, le douaire qui consiste dans une certaine portion en usufruit des biens du mari, se règle par les coutumes des lieux où sont situés les héritages du mari : car ces coutumes, par rapport à ce douaire, sont des statuts réels. En accordant ce droit aux femmes dans les héritages du mari, elles exercent un empire sur ces héritages; mais elles ne peuvent exercer aucun empire que sur ceux qui leur sont sujets par la situation qu'ils ont dans leur territoire; elles ne peuvent donc accorder aucun droit de douaire aux femmes, que sur les héritages de leurs maris, qui sont situés dans leur territoire.

Suivant ce principe, lorsque des Parisiens ont contracté mariage à Paris, quoique la coutume de Paris donne aux femmes, pour leur douaire, la moitié en usufruit des héritages que le mari avait lorsque les parties ont contracté mariage; si ces héritages que le mari avait alors sont situés sous la coutume de Poitou, la femme n'aura pour son douaire que l'usufruit du tiers de ces héritages, conformément à la coutume de Poitou, qui règle le douaire au tiers : car, quoique les parties fussent domiciliées sous la coutume de Paris, c'est de la coutume de Poitou que la femme tient son douaire, et non de celle de Paris, qui ne peut accorder aucun droit sur des héritages situés hors de son territoire, et sur lesquels elle n'a aucun empire.

Par la même raison, si les héritages que ce Parisien avait lorsqu'il s'est marié, étaient sous la coutume d'Issoudun, qui n'accorde aucun douaire, sa femme n'en aura aucun.

19. Si les héritages qu'avait le mari étaient situés sous différentes coutumes, la femme aurait dans chacun la portion que la coutume sous laquelle il est situé, assigne pour le douaire. Par exemple, si l'homme avait une partie de ses biens situés sous la coutume du Grand-Perche, qui règle le douaire au tiers, et une portion sous la coutume de Chartres, qui le règle à la moitié, la femme aura pour son douaire le tiers en usufruit des héritages situés sous la coutume du Grand-Perche, et la moitié de ceux situés sous celle de Chartres.

20. A l'égard des coutumes qui règlent le douaire à la créance d'une somme qu'elles donnent aux femmes contre la succession de leurs maris, telles que sont celles du comté de Bourgogne, de Chabrou, de Menetou, que nous avons ci-dessus rapportées, ces dispositions de coutumes, qui ont pour objet de donner aux femmes un droit, non dans les choses, mais contre la personne de leurs maris, en faisant contracter aux hommes qui se marient l'obligation

de laisser après leur mort, à leurs femmes, la somme à laquelle elles ont réglé le douaire, sont des statuts personnels, qui ne peuvent par conséquent obliger que les personnes qui y sont sujettes par le domicile qu'elles ont dans leur territoire lorsqu'elles contractent mariage.

Par exemple, pour qu'une femme puisse prétendre le douaire du tiers en usufruit de ce qu'elle a apporté en mariage, que la coutume du comté de Bourgogne accorde aux femmes, il faut que son mari, lorsqu'il l'a épousée, ait eu son domicile dans le comté.

Observez que si le Franc-Comtois, lorsqu'il s'est marié, avait des biens situés sous d'autes coutumes, sa veuve, outre le douaire que lui donne la coutume du comté de Bourgogne, ne laissera pas d'avoir aussi celui que lui accordent les coutumes sous lesquelles sont situés les biens qu'avait son mari lorsqu'il l'a épousée; car les coutumes étant indépendantes les unes des autres, chacune, indépendamment des autres, accorde à la femme le douaire qu'elle leur accorde [1].

ART. II. — Quels sont les biens du mari que la coutume de Paris et le droit le plus commun des coutumes, assujettissent au douaire, et pour quelle portion.

21. C'est ce que nous apprenons de l'art. 248 de la coutume de Paris; il est conçu en ces termes : « Douaire coutumier est de la moitié des héritages « que le mari tient et possède au jour des épousailles et bénédiction nuptiale, « et de la moitié des héritages qui, depuis la consommation dudit mariage, et « pendant icelui, échéent et aviennent en ligne directe audit mari. »

Pour l'intelligence de cet article, il faut savoir, —1° ce que cet article entend par ces termes, *des héritages ;*—2° ce qu'il entend par ceux-ci, *que le mari tient et possède au jour des épousailles ;*—3° ce qu'il entend par ceux-ci, *qui depuis.... échéent et aviennent en ligne directe audit mari;*—4° enfin ce qui résulte de ceux-ci : *depuis la consommation dudit mariage, et pendant icelui.* C'est ce qui fera la matière de quatre paragraphes.—Nous traiterons dans un cinquième, de la portion que la coutume accorde à la douairière dans les biens qu'elle assujettit au douaire.

§ 1. *Ce que la coutume entend par ces termes,* des héritages.

22. Ce terme, *héritages,* ne doit pas être restreint aux seuls immeubles réels; on doit l'expliquer par l'art. 255, où il est dit que le douaire est *la moitié des immeubles.* Lequel terme d'*immeubles* comprend dans sa généralité tous les biens qui sont réputés *immeubles*, tels que sont les rentes constituées dans la plupart des coutumes, et les offices, soit vénaux, soit domaniaux.

23. Observez, à l'égard des rentes, que, lorsqu'un homme domicilié sous une coutume qui répute immeubles les rentes, s'est marié, les rentes dont il était propriétaire lorsqu'il s'est marié, ayant été en conséquence assujetties au douaire coutumier de sa femme, au cas que douaire ait lieu, elles ne cessent pas d'y être sujettes, quoique depuis le mariage lesdites rentes soient devenues meubles par la translation de domicile de cet homme sous une coutume qui répute meubles les rentes; car l'homme n'a pu par son fait, en changeant de domicile, diminuer le douaire de la femme.

Vice versâ, lorsqu'un homme qui se marie est domicilié sous une coutume qui répute meubles les rentes, celles dont il était propriétaire alors, qui n'ont

---

[1] Nous sommes heureusement aujourd'hui débarrassés de toutes ces questions, ou du moins elles ne peuvent plus être que transitoires.

point été en conséquence assujetties au douaire, n'y deviennent pas sujettes, quoiqu'elles soient depuis devenues immeubles par la translation de domicile de cet homme sous une coutume qui répute immeubles les rentes; car cet homme n'a pu par son fait, en changeant de domicile, augmenter le douaire de sa femme.

24. A l'égard des offices, observez qu'ils ne sont sujets au douaire que subsidiairement; c'est-à-dire, que si dans la masse des immeubles sujets au douaire de la femme, il se trouve un office; dans le partage à faire de cette masse entre la douairière et les héritiers, s'il se trouve dans les autres immeubles de quoi fournir la moitié dont elle doit jouir pour son douaire, on ne doit point assigner l'office pour son lot.

25. Quoique le droit d'usufruit qu'a le mari de quelque héritage, soit un droit immobilier, il est évident qu'il ne peut être sujet au douaire; car le douaire ne peut être ouvert plus tôt qu'au temps de la mort du mari, par laquelle ce droit d'usufruit s'éteint.

Il en serait autrement si le droit d'usufruit qui appartient au mari, n'était pas sur la tête du mari, mais sur celle d'un tiers; il peut être sujet au douaire de la femme, qui en jouira, si celui en la personne de qui réside l'usufruit, survit au mari.

Il en est de même d'une rente viagère dans les coutumes qui réputent les rentes immeubles. Si la rente viagère qui appartient au mari est créée sur sa tête, il est évident qu'elle ne peut être sujette au douaire; mais si elle est sur la tête d'un tiers qui survive au mari, elle peut être sujette au douaire, comme y est sujet un héritage réversible, quelque peu de temps qu'il reste de la jouissance de cet héritage lors de la mort du mari.

Renusson (ch. 3) prétend que dans ce cas, on doit évaluer l'héritage réversible pour le temps de la jouissance qui en reste; qu'on doit pareillement évaluer la rente viagère, et qu'on doit payer à la douairière l'intérêt de la somme à laquelle auront été évalués l'héritage réversible ou la rente viagère, au prorata de la portion pour laquelle la douairière a droit de jouir en usufruit de l'héritage réversible ou de la rente : sans cela, dit cet auteur, si la femme percevait les fruits de l'héritage réversible, ou les arrérages de la rente viagère, et que la réversion de l'héritage ou l'extinction de la rente arrivassent du vivant de la douairière, il arriverait que la douairière aurait absorbé le fonds de la chose sujette à son usufruit, dont elle ne doit néanmoins avoir que l'usufruit.

Cette opinion de Renusson, *quamvis quamdam proferat speciem æquitatis*, est contraire aux principes. Ce n'est pas de l'estimation de l'héritage réversible et de la rente viagère que la douairière a l'usufruit, c'est de l'héritage même et de la rente même : elle doit donc percevoir les fruits de l'héritage et les arrérages de la rente. Quoiqu'il puisse arriver, *ex accidenti*, qu'elle en absorbe le fonds, dans le cas auquel la réversion ou l'extinction de la rente arriverait de son vivant, il suffit qu'elle puisse mourir avant la réversion ou l'extinction de la rente, pour qu'il soit vrai de dire qu'elle n'en a que l'usufruit, et que la propriété de l'héritier du mari est quelque chose de réel [1].

26. Le propre conventionnel du mari, formé par la stipulation, par laquelle le mari « s'est stipulé propre son mobilier à lui, aux siens et à ceux de son côté et ligne, » quoique réputé immeuble, n'est pas sujet au douaire; car il n'est réputé tel que pour les cas de la convention, qui sont celui de la communauté, à l'effet de l'en exclure, et celui des successions des enfants à naître du mariage, pour exclure la femme de leur y succéder.

Quand même le mari, dans la stipulation de propre, aurait ajouté que « son

---

[1] Il en serait encore ainsi dans le cas d'un usufruit établi sur un usufruit ou sur une rente viagère.

mobilier serait propre *quant à tous effets,»* le propre conventionnel formé par cette stipulation, ne serait pas pour cela sujet au douaire; car ce n'est pas en faveur de la femme; mais c'est contre la femme que la stipulation est faite, et que le propre formé par cette stipulation, est propre *quant à tous effets;* c'est-à-dire, non-seulement à l'effet qu'elle n'y puisse succéder aux enfants qui naîtront du mariage, mais à l'effet que lesdits enfants ne puissent pas plus en disposer envers elle, que d'un propre réel.

Il en est de même de la somme d'argent donnée au mari en mariage par ses père et mère, avec la clause, *pour être employée en achat d'héritages.* Quoique la coutume de Paris, art. 93, la répute immeuble, elle n'est pas sujette au douaire; car ce n'est que par fiction que la coutume la répute telle, à l'effet de l'exclure de la communauté. Cette fiction ne doit avoir d'effet que dans le cas pour lequel elle a été faite; *fictio non operatur ultrà casum.* Cette fiction, qui n'a point été faite en faveur de la femme, qui au contraire a été faite contre la femme, ne peut donc pas avoir l'effet de rendre sujette au douaire cette somme. C'est l'avis de Renusson, en son *Traité du Douaire*, chap. 3, nos 106 et 107, nonobstant un arrêt (du 12 juin 1623), qu'on prétend avoir jugé le contraire. Cet avis de Renusson étant fondé sur les vrais principes de la nature des propres fictifs, est mal à propos contredit par Lemaître.

§ II. *De ce que la coutume entend par les termes*, que le mari tient et possède au jour des épousailles.

27. Il est évident que ces termes, *tient et possède*, doivent s'entendre, non d'une nue détention, mais d'une possession civile qu'a le mari de choses qu'il possède *animo domini*, comme s'en réputant propriétaire.

Un héritage que le mari, au temps de son mariage, aurait tenu à titre de simple ferme ou de loyer, n'est donc pas sujet au douaire: celui dont il aurait été mis en possession par son débiteur pour en percevoir les revenus en paiement de ses créances, n'y est pas non plus sujet.

Il n'est pas néanmoins nécessaire, pour que les héritages que le mari tient et possède au temps des épousailles, soient sujets au douaire, qu'il eût la propriété qu'on appelle *dominium directum*; il suffit qu'il en eût le domaine utile. C'est pourquoi un héritage que le mari tient à titre d'emphytéose, est sujet au douaire, soit que le bail ait été fait à perpétuité, soit qu'il ait été fait à longues années.

Pareillement un héritage que le mari tient par engagement, est sujet au douaire tant que l'engagement subsiste; car un engagiste a une espèce de seigneurie utile de l'héritage qu'il tient par engagement, tant que l'engagement dure.

Observez aussi que le mari est suffisamment présumé propriétaire des héritages qu'il possédait au jour des épousailles, par cela seul qu'il les possédait comme s'en réputant le propriétaire, tant qu'il n'en est pas évincé. La veuve, pour y prétendre son douaire, n'a pas besoin d'établir autre chose, sinon qu'il les possédait dès ce temps.

28. La coutume, par ces termes, *que le mari tient et possède*, ne comprend que ceux que le mari *tient et possède* comme propres de communauté: à l'égard de ceux que le mari a en communauté par une convention d'ameublissement, l'effet de cette convention étant qu'entre les parties contractantes, ces héritages soient regardés comme conquêts, ils ne doivent pas plus être sujets au douaire coutumier, que les conquêts qui n'y sont pas sujets. La femme, par cette convention, préfère d'avoir sur ces héritages le droit de communauté à celui de douaire.

29. Cela est sans difficulté dans le cas auquel la femme accepte la communauté. Il est évident en ce cas que la femme ne peut pas avoir tout à la fois sur ces héritages le droit de communauté et le droit de douaire.

Mais lorsque la femme a renoncé à la communauté, la convention l'exclut-elle, même en ce cas, du droit de douaire sur les héritages ameublis? — Oui; car il suffit, pour qu'elle en soit exclue, qu'elle ait préféré au droit de douaire, le droit de communauté sur ces héritages, et qu'elle l'ait eu; or, quoiqu'elle ait renoncé à la communauté, il n'en est pas moins vrai qu'elle a eu ce droit de communauté sur ces héritages. Si elle n'a pas usé de ce droit, il n'a tenu qu'à elle d'en user, et d'accepter la communauté. Sa renonciation suppose même qu'elle a eu ce droit; car on ne peut renoncer à un droit qu'on n'a pas.

30. L'observation la plus importante qui est à faire pour l'interprétation de ces termes, *des héritages que le mari tient et possède au temps des épousailles*, est qu'on ne doit pas conclure de ces termes, que, pour qu'un héritage soit sujet au douaire, il faille précisément que ce soit l'héritage même que le mari possédait au temps des épousailles. Il suffit pour cela que le mari eût dès ce temps le droit par lequel il en est devenu le propriétaire, quoiqu'il ne le soit devenu que depuis le mariage.

Par exemple, si le mari, avant son mariage, a acheté un héritage dont il n'a été mis en possession que depuis son mariage, cet héritage sera sujet au douaire; car, quoiqu'au jour des épousailles il n'eût pas encore l'héritage même [1], il avait dès ce temps l'action *ex empto*, qui est le titre par lequel il s'en est fait mettre en possession, et en est devenu le propriétaire; ce qui le doit faire considérer comme ayant eu dès ce temps cet héritage, suivant cette règle de droit: *Is qui actionem habet, ipsam rem habere videtur*; L. 15, ff. *de Reg. jur.*

Cette action *ex empto* que le mari avait au jour des épousailles, était un droit immobilier, qui, en cette qualité de droit immobilier, de même que tous les autres droits immobiliers, était sujet au douaire: l'héritage auquel ce droit s'est terminé, et dans lequel il s'est fondu et réalisé, doit pareillement y être sujet.

31. Il n'est pas même nécessaire, pour qu'un héritage soit sujet au douaire, que le droit par lequel le mari en est devenu propriétaire, ait été dès ce temps, un droit ouvert et formé; quoiqu'il ne fût encore qu'un droit conditionnel, si cependant c'est ce droit qu'il avait au temps des épousailles, quoiqu'il ne soit ouvert que depuis, qui l'a rendu propriétaire de l'héritage, cet héritage sera censé lui avoir appartenu au temps des épousailles, et sera en conséquence sujet au douaire.

Par exemple, si un homme, avant son mariage, avait fait donation à quelqu'un d'un héritage, dont il fût redevenu propriétaire depuis son mariage, par la révocation de la donation qu'aurait opérée la survenance d'enfants, cet héritage sera sujet au douaire.

Le droit que le mari avait au temps des épousailles, de rentrer dans l'héritage n'était encore alors qu'un droit conditionnel, qui dépendait de la condition de la survenance d'enfants; aussi n'était-il sujet au douaire que sous cette condition: la survenance d'enfants ayant fait exister la condition, a rendu sujet au douaire et le droit auquel elle a donné ouverture, et l'héritage auquel s'est terminé ce droit, et dans lequel il s'est fondu et réalisé.

Par la même raison, lorsqu'un de mes amis, mort avant mon mariage, m'a légué un certain héritage sous une condition qui n'a été accomplie que depuis mon mariage, l'héritage sera sujet au douaire, quoique je n'en sois devenu propriétaire que depuis mon mariage, par l'accomplissement de la condition; car je le suis devenu en vertu du droit que le testament m'a donné à cet héri-

---

[1] La propriété sous l'ancienne législation ne se transférait pas par la convention seule.

tage aussitôt la mort du testateur, et que j'avais par conséquent déjà au temps des épousailles. Il est vrai que ce droit n'était pas encore ouvert alors; ce n'était qu'un germe qui n'est éclos par l'accomplissement de la condition, que depuis mon mariage; mais il suffit que j'aie eu dès le temps des épousailles le germe et le principe de l'acquisition que j'ai faite depuis de l'héritage, pour que l'héritage soit censé m'avoir en quelque façon appartenu dès ce temps, et pour qu'il soit propre de communauté, et sujet au douaire.

Il en serait autrement si le testateur n'était mort que depuis mon mariage, quoique le testament eût été fait auparavant; car un testament ne devient testament que lors de la mort du testateur.

32. Lorsque le mari, au temps des épousailles, avait une part indivise dans des héritages, le partage qu'il en fait par la suite avec ses cohéritiers ou copropriétaires, détermine cette part aux héritages qui échéent en son lot; et ce sont ceux échus en son lot, qui sont sujets au douaire: car, au moyen de l'effet rétroactif que notre jurisprudence donne au partage au temps de la succession ou de l'acquisition faite en commun, le mari est censé avoir toujours depuis possédé pour le total les héritages échus en son lot, et n'en avoir pas possédé d'autres; ce sont par conséquent ces héritages qu'il est censé avoir tenus et possédés pour le total au temps des épousailles, et qui sont par conséquent sujets au douaire.

Il en est de même des licitations et autres actes qui tiennent lieu de partage. Le mari qui, au temps des épousailles, possédait pour une part indivise un héritage qui depuis lui est échu pour le total, par la licitation ou autre acte tenant lieu de partage, est, au moyen de l'effet rétroactif qu'on donne à ces actes, censé l'avoir tenu et possédé pour le total dès le temps des épousailles, à la charge d'un retour envers ses cohéritiers et copropriétaires; et par conséquent l'héritage doit être, pour le total, compris dans la masse de ses biens qui sont sujets au douaire.

V. ce que nous avons dit des partages et des licitations, en notre ***Traité de la Communauté***, nº 140 et suiv.

33. Observez que le mari n'étant propriétaire des héritages qui lui sont échus par partage ou licitation, qu'à la charge des retours dont il a été chargé par lesdits actes envers ses cohéritiers ou copropriétaires, ces héritages ne doivent pareillement être sujets au douaire qu'à la charge desdits retours. C'est pourquoi, si, lors de l'ouverture du douaire, lesdits retours n'étaient pas encore acquittés, la douairière devrait pendant tout le temps de son douaire, en payer les intérêts, à la décharge des héritiers de son mari, pour la part dont elle jouit dans lesdits héritages.

Si ces retours avaient été acquittés durant la communauté, la douairière qui a accepté la communauté, ne pourra, pendant tout le temps que durera son douaire, exiger des héritiers de son mari la récompense qui lui est due de la moitié des sommes de la communauté pour acquitter lesdits retours : les intérêts qu'elle doit desdits retours, pour la part dont elle jouit dans lesdits héritages, devant se compenser avec ceux de la récompense qui lui est due.

Si la douairière a renoncé à la communauté, elle ne peut jouir de l'héritage qu'en payant, pour la part dont elle en jouit, les intérêts des retours aux héritiers de son mari.

Il en est de même du cas auquel le mari, ayant dans ses biens, au temps des épousailles, une action de réméré, ou quelque autre espèce d'action qui consistait dans le droit de rentrer dans quelque héritage en payant une certaine somme, il l'a exercée pendant son mariage.

34. Nous avons établi que le mari était censé avoir tenu et possédé, au temps des épousailles, un héritage, quoiqu'il ne possédât pas encore alors l'héritage même, si dès ce temps il avait le droit qui l'en a depuis rendu propriétaire. Observez qu'il faut pour cela, que ce droit qu'avait le mari au temps des épousailles, fût le titre et la cause immédiate qui l'en a rendu propriétaire.

Il en serait autrement si le droit qu'avait le mari au temps des épousailles, n'eût été qu'une cause éloignée de l'acquisition que le mari a faite depuis de l'héritage : il ne serait pas en ce cas réputé avoir été le propriétaire de l'héritage dès le temps des épousailles; cet héritage serait un conquêt, et ne serait pas sujet au douaire.

Par exemple, le mari, dès le temps des épousailles, avait une seigneurie à laquelle était attaché un droit de retrait féodal ou de retrait conventionnel sur les héritages situés dans l'étendue de sa seigneurie. Un desdits héritages ayant été depuis vendu à un tiers, il en a exercé le retrait. Quoiqu'il ait exercé ce retrait en vertu du droit attaché à sa seigneurie, cet héritage est un conquêt qui n'est point sujet au douaire: le droit de retrait attaché à la seigneurie que le mari avait dès le temps des épousailles, n'est que la cause éloignée de l'acquisition qu'il a faite de l'héritage; le titre et la cause immédiate de cette acquisition est le contrat de vente fait de cet héritage depuis le mariage à un tiers, aux droits duquel le mari a été subrogé par l'action de retrait auquel le contrat de vente a donné ouverture. Cette action est un fruit né durant le mariage, du droit de retrait attaché à la seigneurie qu'avait le mari dès le temps des épousailles ; et il en est distingué comme la fille l'est de sa mère.

Mais si la vente de l'héritage qui a donné ouverture à l'action de retrait, avait précédé le mariage ; quoique le mari n'eût exercé cette action que depuis le mariage, l'héritage serait sujet au douaire, puisque la vente de l'héritage, et le droit de retrait conventionnel auquel elle a donné ouverture, qui sont le titre immédiat de l'acquisition que le mari a faite de cet héritage, sont antérieurs au mariage.

Le mari, suivant cette règle de droit : ***Qui actionem habet, ipsam rem habere videtur***, L. 15, ff. ***de Reg. jur.***, était censé, au jour des épousailles, tenir et posséder l'héritage, par la possession ou quasi-possession en laquelle il était du droit de retrait conventionnel, par lequel il en est depuis devenu propriétaire. Le droit de retrait que le mari avait dès le jour des épousailles, était un droit né, un droit immobilier qui faisait partie de ses biens, lequel était, comme tous ses autres immeubles, sujet au douaire : l'héritage qui lui tient lieu de ce droit, et dans lequel ce droit s'est terminé, y doit pareillement être sujet.

Ceux qui soutiennent que, même en ce cas, l'héritage n'est pas sujet au douaire, et qu'il est un conquêt, conviennent bien du principe, que, suivant la règle: ***Qui actionem habet, ipsam rem habere videtur;*** un héritage dont le mari n'est devenu propriétaire que depuis le mariage, ne laisse pas d'être propre de communauté, et sujet au douaire, lorsque le mari avait, dès le jour des épousailles, le ***jus ad rem***, en vertu duquel il en est depuis devenu propriétaire ; mais ils soutiennent que la vente qui a été faite avant le mariage, de l'héritage sujet au retrait, n'a donné ouverture qu'à une faculté dont le mari pouvait user ou ne pas user, et qu'il n'a acquis le droit à l'héritage que par l'exercice qu'il a fait de cette faculté.—Je réponds qu'il est commun à tous les droits qu'on appelle ***jus ad rem***, que nous pouvons en user ou n'en pas user, et que le droit avorte lorsque nous y renonçons, expressément, ou tacitement en n'en usant pas: ***Unicuique licet juri suo renuntiare.*** C'est pourquoi, quoique je puisse user ou ne pas user du droit de retrait auquel la vente de l'héritage a donné ouverture, je n'en avais pas moins dès lors le ***jus ad rem***, le droit de me faire délaisser l'héritage. Ce droit serait à la vérité avorté, si je ne l'eusse pas exercé; mais il est le titre immédiat de l'acquisition que j'ai faite de l'héritage, en l'exerçant : ce droit, dès avant que je l'exerçasse, faisait si bien partie de mes biens, que je pouvais en disposer, et le céder à un tiers.

Observez, comme nous l'avons déjà fait ***suprà***, n° 33, que l'héritage n'est sujet au douaire que sous la déduction de ce qu'il en a coûté pour en exercer le retrait[1].

---

[1] La plupart des principes ci-dessus exposés pour déterminer les immeubles sujets au douaire, pourraient servir encore aujourd'hui pour déterminer

35. Lorsque le mari est rentré, durant le mariage, dans un héritage que lui ou ses auteurs avaient aliéné avant le mariage, l'héritage n'est sujet au douaire que lorsque le mari y est rentré *ex causâ antiquâ*; parce qu'en ce cas, le mari ayant eu, dès le temps des épousailles, le droit en vertu duquel il est rentré dans l'héritage, il est censé avoir eu dès ce temps l'héritage même auquel ce droit s'est terminé. Mais lorsque le mari est rentré *ex causâ novâ*, comme lorsqu'ayant fait, avant son mariage, donation à quelqu'un d'un héritage, il a fait révoquer la donation, et est rentré dans l'héritage, pour cause d'une ingratitude survenue depuis le mariage; quoique l'héritage, en ce cas, ne soit pas conquêt, mais soit propre de communauté [1], parce que le mari est plutôt rentré dans l'héritage qu'il ne l'a acquis, néanmoins il ne sera pas sujet au douaire, parce que la cause pour laquelle le mari est rentré dans l'héritage, étant une cause qui n'est survenue que depuis le mariage, le mari n'avait, au temps des épousailles, aucun droit de rentrer dans l'héritage; et il ne peut par conséquent être censé avoir eu l'héritage dès le temps du mariage.

36. Il ne nous reste plus qu'une observation à faire; c'est qu'il y a un cas auquel des héritages sont sujets au douaire, quoique le mari ne les possédât plus au temps des épousailles. C'est le cas auquel l'homme, après être convenu par son contrat de mariage, que sa future épouse sera douée du douaire coutumier, soit expressément, soit tacitement, en ne s'expliquant point sur le douaire, aurait, dans le temps intermédiaire entre le contrat et les épousailles, aliéné les héritages qu'il avait lors du contrat. Ces héritages, quoique le mari ne les possédât plus au temps des épousailles, doivent être compris dans la masse des biens du mari, sujets au douaire; et la femme doit être récompensée par les héritiers du mari, de ce qu'elle ne peut plus y exercer son douaire. La raison est, que le mari n'a pu par son fait, pendant ce temps intermédiaire, changer les conditions du contrat de mariage, et diminuer les espérances de sa femme, qui comptait avoir douaire sur les héritages qu'elle voyait appartenir alors à son futur époux [2].

§ III. *De ce que la coutume entend par ces termes :* échéent et aviennent en ligne directe au mari.

37. Quoique ces termes, *en ligne directe*, dans leur signification ordinaire, comprennent tant la ligne descendante que la ligne ascendante, néanmoins, dans cet article de la coutume, ces termes, *qui échéent et aviennent en ligne directe,* ne s'entendent que des héritages et autres immeubles qui échoient et adviennent au mari de ses père, mère et autres parents de la ligne directe ascendante.

Il a été jugé par arrêt du 31 juillet 1675, rapporté au *Journal du Palais* (t. 1er, p. 691); et par un autre du 24 janvier 1578, rapporté par Bacquet (*Traité des Droits de justice*, ch. 15, n° 39), que ceux advenus au mari de la succession de ses enfants, ne sont pas compris sous ces termes, et ne sont pas sujets au douaire.

---

quels sont les immeubles qui sont propres de communauté et non pas conquêts.

[1] Cet immeuble serait encore propre de communauté.

[2] Un principe analogue, mais pour un autre but, est consacré par l'art. 1404, 2e alinéa, C. civ

Art. 1404 : Les immeubles que les « époux possèdent au jour de la célé« bration du mariage, ou qui leur « échoient pendant son cours à titre « de succession, n'entrent point en « communauté. — Néanmoins, si l'un « des époux avait acquis un immeuble « depuis le contrat de mariage, con« tenant stipulation de communauté, « et avant la célébration du mariage « l'immeuble acquis dans cet inter« valle entrera dans la communauté, « à moins que l'acquisition n'ait été « faite en exécution de quelque clause « du mariage, auquel cas elle serait « réglée suivant la convention. »

La raison pour laquelle la coutume a joint aux biens que le mari tient et possède au temps des épousailles, ceux qui lui adviennent depuis de ses père et mère, etc., c'est que le mari est censé avoir, dès le temps des épousailles, une espèce de droit à ces successions, qui lui sont en quelque façon dues. C'est pourquoi, chez les Romains, les enfants qui succédaient à leur père, étaient appelés SUI HÆREDES, *quasi succederent bonis quæ jam* SUA *erant, vivo patre;* ce qu'on ne peut dire des successions des collatéraux, ni encore moins de celles de nos enfants. La raison sur laquelle la coutume paraît s'être fondée, n'ayant d'application qu'à ce qui advient de la ligne directe des ascendants, ces termes, *en ligne directe*, doivent être restreints à cette ligne.

La coutume d'Orléans, rédigée par les mêmes commissaires que celle de Paris, et qui s'en est expliquée, art. 218, doit servir, en ce point, d'interprétation à celle de Paris.

38. La coutume comprend sous ces termes, *qui échéent et aviennent*, les héritages et autres immeubles qui *aviennent* au mari, non-seulement de succession, mais pareillement à titre de legs, ou autre titre, qui soit un avancement de succession, ou qui tienne lieu de succession.

39. Observez que, pour que des choses auxquelles le mari a succédé durant le mariage, à ses père et mère, etc., soient sujettes au douaire, il faut que ce soient des choses réputées immeubles, non-seulement dans la personne du mari qui y a succédé, mais dans celle du défunt à qui il a succédé,

C'est pourquoi, si un mari parisien a, durant son mariage, recueilli des rentes des successions de ses père et mère domiciliés sous la coutume de Troyes, qui répute meubles les rentes; quoique ces rentes soient devenues immeubles aussitôt que le mari parisien y a succédé, cependant parce qu'elles n'étaient que meubles en la personne du défunt, elles ne sont pas des propres en la personne de l'héritier; elles ne sont que des acquêts qui tombent dans sa communauté, comme nous l'avons établi en notre *Traité de la Communauté*, n° 108; et par conséquent elles ne peuvent être sujettes au douaire.

Vice versâ, lorsqu'un Troyen a succédé à son père Parisien, les rentes qu'il a recueillies de cette succession, étant devenues meubles en sa personne, elles ne sont pas sujettes au douaire.

40. Cette disposition de la coutume de Paris, et des autres coutumes semblables, cesse lorsqu'il y a une clause par le contrat de mariage, « que ce qui adviendra aux conjoints par succession, durant le mariage, entrera en communauté; » car, quoique tout ce qui est propre de communauté, ne soit pas toujours pour cela sujet au douaire, on peut néanmoins établir pour règle générale, et qui ne souffre aucune exception, que tout ce qui entre en communauté, n'est jamais sujet au douaire.

§ IV. *De ce qui résulte de ces termes*, depuis la consommation dudit mariage, et pendant icelui.

41. La coutume, par ces termes, *la consommation dudit mariage*, entend la bénédiction nuptiale [1].

Par ceux-ci, *et pendant icelui*, elle décide la question de savoir si le douaire de la femme peut s'étendre aux héritages des père, mère, aïeul ou aïeule du mari, qui ont consenti à son mariage, quoique, par le prédécès du mari, lesdites successions ne soient échues qu'après la mort dudit mari.

Quelques coutumes, telles que celles d'Anjou, art. 303; du Maine, de Poitou, de Normandie, ont décidé cette question pour l'affirmative, en faveur de la douairière. Mais la coutume de Paris, par ces termes, *et pendant icelui*, décide au contraire, que la femme ne peut prétendre douaire dans les héritages

[1] Aujourd'hui le prononcé de leur union par l'officier de l'état civil.

des successions des père, mère et autres ascendants de son mari, que lorsque ces successions sont échues pendant le mariage à son mari ; ce qui doit être observé dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées.

42. Si le père (ou quelques autres ascendants) du mari, lui avait, par contrat de mariage, assuré la part qu'il doit avoir dans sa succession ; le mari étant depuis prédécédé, cette clause du contrat de mariage donne-t-elle à la veuve le droit de prétendre que les héritages de la succession du père de son mari sont sujets à son douaire, pour la moitié de la part qu'y eût eue son mari, s'il ne fût pas prédécédé ?

Les termes, *pendant icelui*, résistent formellement à cette prétention de la veuve. Tout l'effet de la clause est, que le père s'obligeait par cette clause à ne point diminuer, par des avantages faits à d'autres enfants, la part que le fils qu'il mariait, espérait dans sa succession : mais le mari n'a, par cette clause, acquis aucun droit dans les biens de son père, du vivant de son père. Les héritages qui se trouvent dans la succession de son père, n'ont jamais appartenu au mari, et ne peuvent par conséquent être sujets au douaire de la femme, qui n'a ce droit que dans les héritages qui ont appartenu à son mari.

Il résulte encore de ces termes, *pendant icelui*, que les enfants ne peuvent prétendre douaire dans les héritages des successions échues à leur père depuis la mort de leur mère, comme nous le verrons dans la seconde partie.

§ V. *Quelles choses sont censées advenues en ligne directe.*

43. Lorsque le mari a recueilli, pendant le mariage, une substitution d'héritages, faite par un de ses ascendants ; quoique ces héritages soient venus au mari par le canal d'un collatéral, ou même d'un étranger, ils sont néanmoins censés lui être advenus en ligne directe : ils sont en conséquence sujets au douaire. La raison est, qu'un substitué qui recueille une substitution, tient de l'auteur de la substitution, et non du grevé, les biens compris dans les substitutions : *tenet à gravante, non à gravato.*

Vice versâ, par la même raison, si l'auteur de la substitution était un parent collatéral du mari, qui en aurait grevé le père du mari ; quoique le mari ait, pendant le mariage, recueilli les héritages compris en la substitution à la mort de son père, et par le canal de son père, ces héritages ne seront pas sujets au douaire, mais ils tomberont dans la communauté, le mari étant censé les tenir de l'auteur de la substitution, et par conséquent à titre de don à lui fait par un collatéral.

Voyez, sur les titres qui doivent être censés *avancements de succession,* ou *tenir lieu de succession,* ce que nous avons dit en notre *Traité de la Communauté.*

44. Il nous reste à observer que, pour qu'un héritage soit censé advenu au mari de la succession de ses père ou mère, etc,, et qu'il soit sujet au douaire, il n'est pas nécessaire que le mari ait eu l'héritage même, de la succession de ses père ou mère ; il suffit qu'il ait succédé au droit par lequel il en est depuis devenu le propriétaire. Voyez ce que nous avons dit à cet égard en notre *Traité de la Communauté.*

§ VI. *De la portion que la coutume de Paris accorde à la douairière, dans les biens qu'elle assujettit au douaire* [1].

45. L'art. 248 de la coutume, rapporté *suprà*, n° 21, dit : *Douaire coutumier est de la moitié* des héritages, etc.

Il est toujours de la moitié des héritages que l'homme tient et possède au temps des épousailles, et de ceux qui lui adviennent depuis en ligne directe, lorsque le mariage est le premier mariage que l'homme contracte.

[1] Toutes ces questions ne présentent aujourd'hui aucun intérêt.

Il en est de même, quoique ce soit un second ou autre ultérieur mariage, si les biens que le mari tient et possède au temps de ce mariage, ne se trouvent pas engagés à un autre douaire d'un mariage précédent; *putà,* parce qu'il n'a pas d'enfants de son premier ou autres précédents mariages.

46. Mais lorsque les biens que le mari tient et possède au temps d'un second ou ultérieur mariage, se trouvent engagés au douaire coutumier d'un précédent mariage, le douaire de ce second ou ultérieur mariage ne peut plus être de la moitié de ces héritages; il n'est que du quart sur les héritages qui, au temps de ce second mariage, se trouvent déjà engagés au douaire du premier, et il n'est de la moitié que sur les héritages qui n'y sont point engagés.

Pareillement, lorsque c'est un troisième mariage que l'homme contracte, le douaire de ce troisième mariage ne peut être que d'un huitième sur les héritages qui, au temps de ce troisième mariage, se trouvent déjà engagés, tant au douaire du premier qu'à celui du second; du quart sur ceux qui ne sont engagés qu'au douaire de l'un des deux; et il n'est que de la moitié sur les héritages qui, au temps de ce troisième mariage, se trouvent n'être sujets à aucun des douaires des précédents mariages.

Il en est de même des quatrième, cinquième et autres ultérieurs mariages : on ne comprend point dans les biens que le mari a lors de ce mariage, dans lesquels la femme et les enfants doivent avoir moitié pour leur douaire, les portions desdits biens qui se trouvent alors affectées au douaire des mariages précédents.

C'est la disposition de l'art. 253 de la coutume de Paris, qui est conçu en ces termes : « Quand le père a été marié plusieurs fois, le douaire coutumier « des enfants du premier lit est la moitié des immeubles qu'il avoit lors dudit « premier mariage, et qui lui sont avenus pendant icelui mariage, en ligne « directe (de ses ascendants); et le douaire coutumier des enfants du second « lit (et par conséquent de la seconde femme) est le quart desdits immeubles, « ensemble moitié, tant de la portion des conquêts appartenants au mari, « faits pendant le premier mariage, que des acquêts par lui faits depuis la dis- « solution dudit premier mariage, jusqu'au jour de la consommation du se- « cond, et la moitié des immeubles qui lui échéent en ligne directe pendant « ledit second mariage, et ainsi conséquemment des autres mariages. »

Il est bon d'avertir que Borjon (tit. 13, sect. 6, dist. 4, n° 135), contre le texte formel de cet article, prétend que le douaire accordé à la seconde femme par cet article, sur la moitié de la portion du mari dans les conquêts du premier mariage, ne peut avoir lieu au préjudice des portions qu'y doivent avoir les enfants du premier mariage. C'est une erreur. — Il se fonde sur ce que, par l'art. 279 (qui, quoiqu'il ne parle que de la femme, a été étendu à l'homme), un homme ne peut faire aucune donation des conquêts de son premier mariage à sa seconde femme, au préjudice des portions qu'y doivent avoir les enfants de son premier mariage. La réponse est, que cet article ne peut recevoir aucune application. Le douaire que la coutume accorde sur la moitié de la portion du mari dans les conquêts du premier mariage, n'est pas une donation que l'homme fasse à sa seconde femme : elle ne le tient pas de son mari, elle le tient de la loi.

47. La réduction du douaire du dernier mariage, sur les héritages qui étaient déjà sujets à ceux des précédents mariages, qui est portée par cet article, a lieu dans la coutume de Paris, quand même depuis, lesdits héritages auraient été libérés des douaires des précédents mariages, soit par le prédécès des enfants des précédents mariages, soit parce que, dans la succession de leur père, ils auraient préféré la qualité d'héritiers à celle de douairiers.

La raison est, que c'est au temps que se contracte le mariage, que la coutume règle le douaire de ce mariage, et qu'elle assigne les héritages et autres immeubles dont la douairière doit jouir pour moitié par usufruit, et la portion pour laquelle elle en doit jouir. Lors donc qu'au temps que se contracte le

second mariage, il y a, dans les immeubles que l'homme possède, une portion qui est due aux enfants du premier mariage pour leur douaire, au cas que le douaire ait lieu, cette portion est distraite et exclue des biens sur lesquels le douaire du second mariage est à prendre.

La règle : *Douaire sur douaire n'a lieu*, empêche qu'elle n'y puisse être comprise. Le douaire de second mariage ne peut être assigné que sur le surplus. Quoique par la suite, pendant le second mariage, la portion qui a été distraite, comme étant alors due pour le douaire du premier mariage, cesse d'être affectée à ce douaire par le prédécès des enfants du premier mariage, le second douaire, pour cela, n'est point augmenté, et la veuve ne peut prétendre aucune part dans cette portion, puisqu'elle n'a point été comprise dans les biens sur lesquels la coutume a assigné le douaire du second mariage.

48. Lorsque, par le contrat du premier mariage, il y a clause d'exclusion de douaire, il semble qu'il ne puisse plus y avoir lieu, lors du second mariage, à la règle : *Douaire sur douaire n'a lieu*, et que le douaire du second mariage ne doit souffrir aucune réduction sur les héritages que l'homme possédait dès le temps que s'est contracté son premier mariage, et qu'il possédait encore au temps du second mariage. C'est l'avis de Lemaître, sur Paris. Néanmoins d'autres auteurs ont pensé que, nonobstant cette clause portée au contrat de mariage, il suffirait qu'il y eût des enfants du premier mariage, au temps que s'est contracté le second, pour que le douaire du second mariage fût réduit au quart sur les héritages que le mari possédait dès le temps que s'est contracté le premier. Ils disent pour raison de leur opinion, que si, au moyen de la clause d'exclusion de douaire, portée au contrat du premier mariage, il ne leur est dû aucune portion dans les biens de leur père à titre de douaire, il leur en est dû une part à d'autres titres; qu'il suffit qu'ils aient droit de concourir avec la veuve et les enfants du second mariage, au partage des biens de leur père, après sa mort, pour que le douaire du second mariage souffre la réduction portée par l'article 253 ; que c'est leur concours qui cause cette réduction, plutôt que le titre auquel ils concourent, qui doit être à cet égard indifférent. Ferrière est de cet avis. Je me souviens que c'était aussi l'avis de M. Rousseau, professeur en droit français à Paris ; Borjon (tit. 13, sect. 6, dist. 3) atteste que c'est l'opinion commune du Châtelet de Paris.

49. Que doit-on décider dans le cas auquel, par le contrat du premier mariage, il y a un douaire préfix d'une somme d'argent, moindre que le douaire coutumier ?—Ceux qui pensent qu'il y a lieu à la réduction du douaire du second mariage, telle qu'elle est portée par l'article 253, même dans le cas auquel il y a une entière exclusion de douaire par le contrat du premier mariage, n'hésiteront pas à décider qu'il doit y avoir lieu en ce cas à la réduction du douaire du second mariage, telle qu'elle est portée par ledit article.

Lemaître soutient au contraire, que même en ce cas le douaire du premier mariage ne consistant que dans une créance d'une somme d'argent qu'ont les enfants du premier mariage, qui n'est qu'une créance mobilière, le douaire du second mariage n'en est pas tenu, étant de principe que les douairiers sont bien tenus de porter leur part des rentes dont le mari était débiteur lorsqu'il a contracté mariage, mais non des dettes mobilières.

Cette opinion ne paraît pas soutenable, étant formellement contraire au principe : *Douaire sur douaire n'a lieu*, sur lequel est fondé l'article 253 de la coutume de Paris. Quoique le douaire du premier mariage ne consiste que dans la créance d'une somme d'argent, il n'en est pas moins un douaire, auquel sont affectés les héritages du mari, jusqu'à concurrence de la somme due pour ce douaire. Si le douaire du second mariage était à prendre généralement dans tous les héritages du mari, sans en distraire une portion à suffire pour acquitter le premier douaire, il y aurait douaire sur douaire, puisque ce qui doit servir à acquitter le premier douaire, ferait partie de la masse dans laquelle le second est à prendre. C'est pourquoi, si on ne veut pas suivre l'opinion de

ceux qui pensent que, même dans le cas auquel, par le contrat du premier mariage, il y aurait une entière exclusion de douaire, le douaire du second doit souffrir la réduction telle qu'elle est portée par l'article 253 de la coutume de Paris, en faisant dans les héritages dans lesquels le douaire du second mariage est à prendre, distraction de la moitié des héritages que le mari avait dès le temps du premier mariage, et en n'accordant pour le douaire du second mariage dans lesdits héritages, que la moitié du surplus desdits héritages, qui est le quart au total d'iceux; il faut au moins, si on ne veut pas suivre cette opinion, distraire desdits héritages, sinon la moitié, au moins une portion à suffire pour acquitter le douaire du premier mariage, et n'accorder dans lesdits héritages que la moitié du surplus pour le douaire du second.

50. Passons au cas auquel le douaire du premier mariage serait plus fort que le coutumier; *putà*, s'il était dit par le contrat du premier mariage, que « le douaire serait des deux tiers, tant des héritages que l'homme possédait alors, que de ceux qui lui adviendraient, durant le mariage, des successions de ses père et mère.» En ce cas, suivant le principe : *Douaire sur douaire n'a lieu,* il faudrait distraire les deux tiers desdits héritages, dus pour le douaire du premier mariage, et n'accorder pour le douaire du second que la moitié du tiers restant desdits héritages, qui est un sixième au total.

51. Le principe : *Douaire sur douaire n'a lieu*, tiré de l'article 253 de la coutume de Paris, qui ne permet pas de comprendre en la masse des héritages dans lesquels doit se prendre le douaire d'un second ou ultérieur mariage, les portions qui sont dues pour les douaires des mariages précédents, ne reçoit d'application qu'aux différents douaires que le mari constitue pour ses différents mariages. Ce principe ne doit pas s'appliquer au douaire de la mère du mari, laquelle, au temps qu'il se marie, jouit par usufruit d'une portion de ses biens pour son douaire. On ne doit faire en ce cas aucune distraction : le douaire est généralement de la moitié de tous les héritages que le mari tient au temps des épousailles, même de ceux dont jouit sa mère pour son douaire; sauf que sa femme et ses enfants ne pourront entrer en jouissance de leur moitié dans les héritages dont l'ancienne douairière jouit en usufruit, qu'après l'extinction de cet usufruit. On ne peut pas dire en ce cas que cet homme crée douaire sur douaire ; il n'en a créé qu'un : celui de sa mère ne doit être considéré que comme une charge de ses héritages.

52. Il est évident que le principe : *Douaire sur douaire n'a lieu*, ne concerne pas les coutumes qui n'accordent pas de douaire aux enfants, ces coutumes n'accordant qu'un seul douaire en faveur de la veuve. C'est pourquoi, si par une convention particulière du contrat du premier mariage, on avait, dans ces coutumes, stipulé aux enfants qui en naîtraient, un douaire de la moitié, ou d'une autre portion des héritages que l'homme avait alors; ce douaire inconnu à la coutume, qui naîtrait de cette convention, ne devrait diminuer celui du second mariage que dans le cas auquel il y aurait ouverture ; mais dans le cas auquel il n'y aurait pas ouverture, soit par le prédécès des enfants de ce premier mariage, soit parce qu'ils ne se porteraient pas douairiers, le douaire coutumier de la veuve dans tous les héritages que son mari avait lors des épousailles, n'en devrait souffrir aucune diminution. On ne peut opposer à la veuve le principe : *Douaire sur douaire n'a lieu*, ce principe n'ayant pu être établi par une coutume qui n'a établi qu'un seul douaire.

§ VII. *Sous quelles charges les coutumes accordent-elles le douaire à la femme.*

53. Tant que la femme, après l'ouverture du douaire, jouit en commun avec les héritiers du mari, des héritages sujets à son douaire, elle doit contribuer pour la portion qu'elle y a, aux charges usufruitières de tous lesdits héri-

tages. — Nous expliquerons au chapitre cinquième, quelles sont ces charges usufruitières.

Lorsqu'il est intervenu un partage entre la douairière et les héritiers du mari, la douairière ayant seule la jouissance entière des héritages tombés en son lot, elle doit être tenue pour le total, des charges usufruitières desdits héritages, et être entièrement déchargée de celles des héritages tombés au lot des héritiers.

54. Outre cela, le douaire étant un titre universel, qui donne à la femme la jouissance de la moitié, ou du tiers, suivant les différentes coutumes, de l'universalité des héritages et autres biens immeubles que le mari avait au temps des épousailles, la femme doit payer, à la décharge des héritiers du mari, pareille portion des arrérages qui courront pendant le temps de sa jouissance, des rentes personnelles, soit perpétuelles, soit viagères, dont le mari était débiteur dès le temps des épousailles ; car ces rentes sont une charge de l'universalité desdits biens, et par conséquent les arrérages sont une charge de la jouissance de l'universalité desdits biens. La douairière doit donc être tenue des arrérages desdites rentes pendant tout le temps que doit durer cette jouissance, pour la portion qu'elle a dans cette jouissance [1].

55. Lorsque l'homme avait, au temps qu'il s'est marié, des biens immeubles régis par différentes coutumes, qui ont sur le douaire différentes dispositions; afin de connaître pour quelle portion la douairière doit acquitter les arrérages des principaux de rentes dont le mari était alors débiteur, il faut faire une ventilation de ce que les biens de chacune desdites coutumes doivent porter desdits principaux de rente.— Par exemple, si la totalité des biens immeubles qu'un homme avait lorsqu'il s'est marié, montait à 120,000 livres; qu'il y en eût pour 60,000 sous la coutume de Paris, où le douaire est de la moitié; pour 30,000 livres sous celle d'Anjou, où le douaire n'est que du tiers; et pour 30,000 sous celle d'Issoudun, qui n'accorde aucun douaire coutumier; et qu'il y eût pour 12,000 liv. de principaux de rente en passif, la douairière sera tenue d'acquitter, pendant le temps de son usufruit, la moitié des arrérages des 6,000 livres que les biens de Paris doivent porter desdits principaux de rentes, et le tiers des arrérages des 3,000 livres qu'en doivent porter les biens d'Anjou ; et elle ne doit rien payer des arrérages des 3,000 livres qu'en doivent porter ceux d'Issoudun, dont la coutume n'accorde aucun douaire.

A l'égard des dettes mobilières dont le mari était débiteur au temps des épousailles, la femme n'y doit pas contribuer; car elles sont une charge des biens mobiliers, auxquels la douairière n'a aucune part. C'est pourquoi, si elle était poursuivie hypothécairement pour lesdites dettes par les créanciers, l'héritier du mari doit l'en acquitter.

On opposera peut-être que les coutumes de Paris, d'Orléans, et plusieurs autres, font porter à l'héritier aux propres sa part dans les dettes mobilières de la succession ; donc, dira-t-on, les dettes mobilières ne sont pas moins une charge des biens immeubles que des biens meubles ; donc, dans ces coutumes,

---

[1] Ce principe est appliqué par l'art. 612, C. civ., à l'usufruitier universel et à titre universel.

Art. 612 : « L'usufruitier, ou uni- « versel, ou à titre universel, doit con- « tribuer avec le propriétaire au paie- « ment des dettes, ainsi qu'il suit : — « On estime la valeur du fonds sujet à « usufruit; on fixe ensuite la contribu- « tion aux dettes à raison de cette va- « leur. — Si l'usufruitier veut avancer « la somme pour laquelle le fonds doit « contribuer, le capital lui en est res- « titué à la fin de l'usufruit, sans aucun « intérêt.—Si l'usufruitier ne veut pas « faire cette avance, le propriétaire a « le choix, ou de payer cette somme, « et, dans ce cas, l'usufruitier lui tient « compte des intérêts pendant la durée « de l'usufruit, ou de faire vendre jus- « qu'à due concurrence une portion « des biens soumis à l'usufruit. »

la douairière qui a, à titre universel, pour une portion, la jouissance des biens immeubles que son mari avait au temps des épousailles, doit contribuer aux dettes mobilières dont son mari était dès ce temps débiteur.

La réponse est, que ces coutumes se sont à la vérité écartées, en matière de succession, de l'ancien principe du droit français, qui charge les biens meubles de toutes les dettes mobilières, et les immeubles, des rentes : mais ne s'en étant écartées que pour cette matière, l'ayant suivi dans la matière de la communauté, qu'elles chargent de toutes les dettes mobilières des conjoints, comme d'une charge de leurs biens meubles qui y entrent[1], on doit pareillement suivre ce principe dans la matière du douaire, et regarder en conséquence les dettes mobilières du mari comme une charge de ses biens meubles pour le total, à laquelle la douairière, qui n'a aucune part, en qualité de douairière, dans lesdits biens meubles, ne doit pas par conséquent contribuer, et en doit être acquittée en entier par les héritiers du mari, tant pour le principal, que pour les intérêts qui en courraient pendant le temps de la jouissance du douaire.

56. Si les dettes mobilières dont le mari était débiteur au temps des épousailles, excédaient les biens mobiliers qu'il avait alors, ne devrait-on pas regarder en ce cas cet excédant comme une charge des biens immeubles que le mari avait alors, à laquelle la douairière, qui a, à titre universel, la jouissance d'une portion desdits immeubles, doit contribuer ? — Renusson, en son *Traité du Douaire*, ch. 8, nos 20 et 21, propose la question ; et il atteste que l'usage est constant de faire acquitter, même en ce cas, en entier la douairière de ces dettes par les héritiers du mari.

57. La douairière n'est tenue en rien des rentes dues par son mari, qui n'ont été créées que depuis le mariage, quand même elles auraient une cause antérieure au mariage, telles que serait une rente que le mari aurait constituée depuis le mariage, en paiement d'une obligation dont il était débiteur auparavant.

La raison est évidente. Cette obligation étant une dette mobilière dont le douaire de la femme n'était pas chargé, il n'a pu être au pouvoir du mari, en la convertissant en rente, d'augmenter par son fait les charges du douaire.

Mais quoiqu'une rente n'ait été constituée par le mari que depuis le mariage, lorsqu'elle tient lieu d'une qu'il devait dès le temps des épousailles, la somme pour laquelle elle a été constituée, ayant servi à amortir l'ancienne dont il a été fait déclaration par la quittance d'amortissement, la douairière est tenue de cette rente, de la même manière et pour la même portion qu'elle eût été tenue de l'ancienne dont elle tient lieu.

58. Lorsque les deniers pour lesquels la rente a été constituée, ont servi à payer des dettes mobilières pour lesquelles les créanciers avaient des hypothèques antérieures au mariage, ou pour payer des réparations d'entretien, pour lesquelles les ouvriers avaient un privilége sur la maison dont la douairière jouit en usufruit, et qu'il y a par le contrat de constitution, subrogation au profit de l'acquéreur de la rente, la douairière sera tenue hypothécairement de cette rente ; mais elle en devra être acquittée par l'héritier du mari.

Si les deniers ont servi à payer de grosses réparations survenues pendant le

[1] C'est un principe encore conservé par le Code pour la composition de la communauté *ab initio*, mais dans tous les autres cas on considère les dettes mobilières comme une charge des biens meubles et des immeubles, c'est-à-dire de l'universalité du patrimoine, sans distinction des biens qui le composent. (*V.* art. 2092, C. civ.).

Art. 2092 : « Quiconque s'est obligé « personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses « biens mobiliers et immobiliers, pré- « sents et à venir. »

mariage, sans la faute du mari, la douairière en sera tenue même vis-à-vis de l'héritier du mari, avec lequel elle sera tenue de contribuer au paiement des arrérages qui courront pendant tout le temps de sa jouissance, pour la part qu'elle a dans ladite jouissance.

59. Il y a un cas auquel la douairière n'est pas tenue d'une rente due par le mari, quoiqu'il en fût débiteur dès le temps des épousailles; c'est lorsqu'elle a été constituée dans le temps intermédiaire entre le contrat de mariage et les épousailles. La raison est tirée d'un principe que nous avons déjà exposé, et dans notre *Traité de la Communauté*, et dans celui-ci; qui est, que la femme devant compter, par ses conventions matrimoniales, sur l'état des biens de son mari, tel qu'il se trouve, tant en actif que passif, au temps du contrat de mariage, le mari ne peut, par son fait, diminuer le douaire sur lequel la femme avait droit de compter au temps du contrat de mariage, en le chargeant de rentes qui n'existaient pas alors.

60. Les dettes des successions échues au mari de ses père et mère ou autres ascendants, pendant le mariage, pour la portion qu'en doivent porter les immeubles desdites successions auxquelles le mari a succédé, sont aussi une charge à laquelle la douairière doit contribuer pour la portion qu'elle a dans la jouissance desdits immeubles.

ART. III. — Si les immeubles dont le mari est grevé de substitution après sa mort, peuvent être sujets au douaire.

61. Il semblerait que les immeubles dont le mari est grevé de substitution après sa mort, ne pourraient jamais être sujets au douaire de sa femme, lorsqu'il y a ouverture à la substitution après la mort du mari : car c'est un principe, qu'un grevé de substitution ne peut aliéner ni obliger en quelque manière que ce soit, les biens compris dans la substitution. Il ne peut donc pas les obliger et affecter au douaire de sa femme, au préjudice de la substitution. L'effet de la substitution étant de transmettre aux substitués les biens compris dans la substitution, aussitôt après la mort du grevé, qui donne ouverture à la substitution, le grevé de substitution n'a pu faire passer, après sa mort, aucun droit de douaire à sa femme dans lesdits biens, qui ne dépendent pas de sa succession, et qui appartiennent aux substitués, qui doivent recueillir la substitution.

Néanmoins, en certains cas, les biens dont le mari est grevé de substitution après sa mort, sont, nonobstant la substitution, sujets au douaire de sa femme, subsidiairement, et à défaut de biens libres.

Le premier cas est, lorsque l'auteur de la substitution dont le mari est grevé après sa mort, est le père ou la mère, ou quelque autre des parents de la ligne directe ascendante du mari. En ce cas, une ancienne jurisprudence, qui a été confirmée par l'ordonnance des substitutions de 1747, art. 45, les assujettit au douaire, à défaut de biens libres.

Cette jurisprudence est puisée dans le droit romain, qui permet aux enfants, à défaut de biens libres, d'obliger pour la dot, ou pour la donation *propter nuptias*, les biens compris dans la substitution, dont ils auraient été grevés par leurs parents de la ligne directe ascendante.

Elle est fondée sur ce que le désir naturel qu'ont les hommes de se reproduire et se perpétuer dans leur postérité, doit faire présumer que, lorsqu'une personne grève de substitution quelqu'un de ses enfants, sa volonté n'est pas de le priver des moyens qui sont ordinairement nécessaires pour trouver à faire un mariage convenable : étant ordinairement nécessaire, pour parvenir à cette fin, d'avoir de quoi assigner à une femme un douaire convenable, on doit présumer que l'auteur de la substitution a eu la volonté d'excepter de la

substitution dont il a grevé son enfant, autant qu'il serait de besoin pour assigner un douaire convenable à la femme qu'il épousera.

C'est sur le fondement de cette présomption, que la jurisprudence a établi, que, lorsqu'une personne avait grevé quelqu'un de ses enfants de substitution, le douaire de la femme du grevé pouvait, à défaut de biens libres, se prendre sur les biens substitués.

62. Il n'est pas nécessaire pour cela que le mari n'ait aucuns biens libres; il suffit qu'il n'en ait pas une quantité suffisante pour assigner un douaire convenable, eu égard à ses facultés. Pour cet effet, on compose une masse des biens immeubles, tant libres que substitués, que le mari avait au temps des épousailles, et de ceux qui lui sont advenus depuis de ses père et mère, et autres ascendants : le douaire de la femme doit être de l'usufruit de la moitié de cette masse. S'il y a en biens libres de quoi la lui fournir, se trouvant pour le moins autant de biens libres que de biens substitués, on ne doit pas en ce cas entamer les biens substitués, parce qu'ils ne sont sujets au douaire qu'à défaut de biens libres : s'il n'y a pas en biens libres de quoi lui fournir cet usufruit, on doit lui donner dans les biens substitués ce qui s'en manque.

63. Le douaire se prend-il, à défaut de biens libres, sur les biens substitués, même dans le cas auquel la substitution n'aurait été faite que depuis le mariage?—La raison de douter est, qu'il semble que la raison sur laquelle nous avons dit qu'était fondée la jurisprudence qui assujettit au douaire les biens substitués à défaut de biens libres, ne se rencontre pas dans ce cas; car on ne peut pas dire, en ce cas, qu'on présume que l'auteur de la substitution n'a pas voulu priver l'enfant qu'il grevait de substitution, des moyens nécessaires pour trouver à faire un mariage convenable, puisqu'il était déjà marié. Néanmoins il est constant que, même en ce cas, les biens substitués sont sujets au douaire de la femme, à défaut de biens libres, par une autre raison, qui est que la femme, lorsqu'elle a épousé son mari, qui a été depuis grevé de substitution, avait un juste sujet d'espérer alors, que suivant le cours ordinaire de la nature, les biens immeubles de celui qui a fait la substitution, seraient un jour assujettis à son douaire; or, on doit bénignement présumer de la bonne foi de l'auteur de la substitution, qu'il n'a pas eu, en faisant cette substitution, intention de priver sa bru de ses légitimes espérances, et qu'il a en conséquence voulu excepter de sa substitution ce qui, à défaut de biens libres, serait nécessaire pour lui fournir son douaire.

64. Lorsque l'auteur de la substitution dont le mari est grevé, n'est pas un de ses parents de la ligne directe ascendante, mais un de ses collatéraux, ou un étranger, les biens substitués ne sont pas sujets au douaire de la femme à défaut de biens libres, si ce n'est en deux cas, savoir :—1° lorsque ce sont les enfants du grevé qui sont appelés à la substitution ;—2° lorsque la substitution est faite à la vérité au profit d'autres personnes, mais sous la condition que le grevé mourra sans enfants. L'ordonnance de 1747, part. 1, art. 53, décide que, dans l'un et dans l'autre cas, les biens substitués sont sujets au douaire de la femme, à défaut de biens libres.

La raison est, que l'auteur de la substitution ayant, dans l'un de ces deux cas, appelé les enfants du grevé à la substitution, et les ayant, dans l'autre cas, préférés aux substitués, a suffisamment témoigné dans l'un et dans l'autre cas, que sa volonté était que le grevé eût des enfants, et qu'en conséquence son intention a été de lui laisser les moyens de trouver à faire un mariage convenable qui lui en procurât, et d'excepter pour cet effet de la substitution ce qui serait nécessaire pour assigner un douaire, à défaut de biens libres, à la femme qu'il épouserait.

65. On a fait la question de savoir si les biens substitués étaient sujets, à défaut de biens libres, non-seulement au douaire du premier mariage du grevé, mais pareillement au douaire d'une femme que le grevé aurait épousée

en second, troisième ou ultérieur mariage. L'ordonnance de 1747, part. 1, art. 52, a décidé la question pour l'affirmative. Elle a néanmoins apporté une exception à sa décision, qui est, que, lorsque ce sont les enfants des précédents mariages, qui ont recueilli la substitution, la dernière femme ne peut, à défaut de biens libres, prétendre contre eux son douaire sur les biens substitués.

La raison est, que les seconds et ultérieurs mariages sont défavorables vis-à-vis les enfants des précédents mariages, quoique vis-à-vis toute autre personne, ils ne soient pas moins favorables que les premiers mariages.

66. On a fait aussi la question de savoir, si le droit qu'on accorde aux femmes de prendre, à défaut de biens libres, leur douaire sur les biens dont leur mari était grevé de substitution avait lieu dans tous les degrés de substitution, lorsque la substitution était graduelle? Si en conséquence, après que la femme du premier grevé avait, après la mort de son mari, à défaut de biens libres, pris son douaire sur les biens substitués, les femmes des substitués qui sont eux-mêmes grevés de substitution envers un second degré de substitués, pouvaient pareillement, après la mort de leur mari, prendre, à défaut de biens libres, leur douaire sur lesdits biens substitués?

L'ordonnance de 1747, en l'article ci-dessus cité, décide pareillement cette question pour l'affirmative ; et cette décision doit avoir lieu, soit dans le cas auquel l'auteur de la substitution est un parent de la ligne directe ascendante, tant du second grevé que du premier grevé ; soit dans le cas auquel, quoique l'auteur de la substitution fût un collatéral ou même un étranger, la substitution du premier degré, et celle du second degré, auraient été faites l'une et l'autre au profit des enfants des grevés, ou sous la condition que les grevés mourraient sans enfants.

Cette disposition de l'ordonnance est fondée sur ce que la raison pour laquelle la jurisprudence a établi que les biens substitués devaient être assujettis au douaire, à défaut de biens libres, ne se rencontre pas moins à l'égard du second degré de substitution, qu'à l'égard du premier.

67. C'est une question, si l'auteur de la substitution, qui a d'ailleurs rempli de la légitime l'enfant qu'il grève de substitution, peut, pour les autres biens qu'il lui laisse, ordonner que les biens substitués ne pourront être obligés ni pour la dot, ni pour le douaire de la femme du grevé, ni pour quelque autre cause que ce soit?

Pour l'affirmative, on dit que la jurisprudence qui a assujetti au douaire les biens substitués, à défaut de biens libres, dans tous les cas rapportés ci-dessus, et l'ordonnance qui a confirmé ce point de jurisprudence, n'étant fondées que sur une présomption de la volonté de l'auteur de la substitution, qu'on présume avoir tacitement ou virtuellement consenti que ce qui serait nécessaire pour assigner, à défaut de biens libres, un douaire à la femme du grevé, fût excepté de la substitution ; on en doit conclure que cette présomption de la volonté de l'auteur de la substitution, ne pouvant plus avoir lieu lorsqu'il s'est expliqué formellement du contraire, les dispositions de l'ordonnance, qui ne sont fondées que sur une présomption de volonté, ne peuvent plus pareillement avoir lieu, et que la veuve du grevé ne peut, en ce cas, prétendre son douaire sur les biens substitués.

Ceux qui tiennent l'opinion contraire, disent que l'ordonnance de 1747 ayant attribué aux femmes le droit d'exercer leur douaire, à défaut de biens libres, sur les biens substitués, quel qu'ait pu être le motif de l'ordonnance, l'auteur de la substitution n'a pu valablement, par une clause de la substitution, priver la femme du grevé d'un droit que la loi lui accorde : car c'est un principe, que les particuliers ne peuvent déroger aux lois : *Nemo potest testamento suo cavere ne leges locum habeant.*

Il paraît qu'on peut répondre à ce moyen par une distinction. Nous ne pouvons, à la vérité, déroger aux lois qui commandent quelque chose, ou qui

défendent quelque chose; mais il n'en est pas de même de celles qui n'ont d'autre objet que d'établir quelque présomption. C'est au contraire un principe constant, que nous avons établi en notre *Traité des Obligations*, n° 842, que les présomptions établies par une loi, qu'on appelle *præsumptiones juris*, peuvent se détruire par une preuve contraire. Par exemple, on peut déroger à la loi qui dit qu'homme et femme sont communs en tous biens meubles : car cette loi ne commande pas aux personnes qui se marient, d'apporter en communauté tous les biens meubles : elle établit seulement une présomption qu'elles les y ont apportés, laquelle présomption cesse lorsqu'elles se sont expliquées du contraire. Il en est de même des articles de l'ordonnance qui déclarent les biens substitués sujets au douaire de la femme du grevé, à défaut de biens libres. Cette loi ne doit avoir lieu que lorsque l'auteur de la substitution ne s'est pas expliqué du contraire; car cette loi établit seulement une présomption que l'auteur de la substitution a entendu excepter de sa substirution le cas du douaire de la femme du grevé ; mais elle ne lui ordonne pas de l'excepter. En effet, l'auteur de la substitution, qui a rempli d'ailleurs de sa légitime l'enfant qu'il a grevé de substitution, ayant eu le pouvoir de ne lui point laisser du tout les biens pour lesquels il l'a grevé de substitution, sans que la femme de cet enfant eût pu s'en plaindre, doit pareillement avoir le pouvoir de ne les lui laisser qu'aux charges que bon lui semble, sans que la femme de cet enfant puisse s'en plaindre.

ART. IV. — De ce qui est uni aux héritages sujets au douaire, de ce qui en reste, et de ce qui y est subrogé.

§ Ier. *De ce qui est uni aux héritages sujets au douaire.*

68. Ce qui est uni depuis le mariage, par une union naturelle, à un héritage sujet au douaire, doit y être sujet comme l'héritage auquel il est uni, et dont il est un accessoire. Cette décision est fondée sur le principe : *Accessorium sequitur naturam et jus rei principalis.*

Par exemple, en supposant que le riverain d'une rivière ait, par concession du prince, le droit d'alluvion : s'il s'est fait, par alluvion, une accrue à l'héritage de ce riverain pendant son mariage, cette accrue sera sujette au douaire auquel est sujet l'héritage; car elle est unie à l'héritage par une union naturelle; elle en est un accessoire, qui doit suivre *naturam et jus rei principalis.*

69. Un second exemple est, lorsqu'un homme pendant son mariage a planté des vignes, des bois, ou construit quelque édifice sur un terrain qu'il possédait dès le temps des épousailles, et par conséquent sujet au douaire : ces vignes, ces bois, cet édifice seront sujets au douaire, comme le terrain dont ils sont un accessoire[1] : *Quod enim inædificatur, solo cedit.... Plantata solo cedunt;* Inst. tit. *de Rer. div.*, § 31-34.

70. On fait à ce sujet la question de savoir, si la douairière dont le douaire se trouve augmenté par ces méliorations sur l'héritage sujet au douaire, en

---

[1] On retrouve dans le Code des règles semblables pour déterminer ce qui est compris dans un legs. *V.* art. 1019 2e alinéa, C. civ.

Art. 1019 : « Lorsque celui qui a « légué la propriété d'un immeuble, « l'a ensuite augmentée par des acqui- « sitions, ces acquisitions, fussent-elles « contiguës, ne seront pas censées, « sans une nouvelle disposition, faire « partie du legs. Il en sera autrement « des embellissements, ou des con- « structions nouvelles faites sur le « fonds légué, ou d'un enclos dont « le testateur aurait augmenté l'en- « ceinte. »

doit récompenser les héritiers de son mari pour la part dont elle en profite? Elle est traitée *infrà*, ch. 4, art, 1er, § 2.

71. Il n'y a que l'union naturelle qui rende sujet au douaire ce qui est uni à l'héritage qui y est sujet; il n'en est pas de même de l'union civile, ni de l'union de simple destination.

C'est pourquoi, si ayant une terre seigneuriale sujette au douaire, j'ai acquis pendant mon mariage un héritage qui en relevait en fief ou en censive; quoique par cette acquisition il se fasse une union de fief, cet héritage n'étant plus qu'un seul et même fief avec celui que j'avais, néanmoins cette union civile n'empêchant pas que cet héritage ne soit réellement quelque chose de distingué de celui duquel il relevait, et par conséquent susceptible de qualités différentes; quoique l'ancien héritage fût propre de communauté, et sujet au douaire, celui-ci ne laissera pas d'être conquêt, et ne sera pas sujet au douaire.

Pareillement, lorsque j'ai acquis pendant mon mariage quelques mines de terre voisines d'une de mes métairies sujettes au douaire; quoique je les aie réunies à ma métairie, elles ne seront pas pour cela sujettes au douaire[1].

§ II. *De ce qui reste d'un héritage sujet au douaire.*

72. Lorsqu'un héritage sujet au douaire a été détruit, quoique par force majeure et sans la faute du mari, tout ce qui en reste est sujet au douaire.

Par exemple, si une maison sujette au douaire a été incendiée par le feu du ciel, et qu'il n'en reste plus que la place et quelques matériaux, il n'est pas douteux que la veuve conserve son droit de douaire et d'usufruit dans la place et les matériaux qui restent de la maison, pour la même portion qu'elle l'aurait eu dans la maison.

La loi 5, § 2, ff. *Quib. mod. ususf. amitt.* paraît contraire à cette décision : Ulpien y dit : *Certissimum est exustis ædibus, nec areæ nec cæmentorum usumfructum deberi.* La raison sur laquelle ce jurisconsulte se fonde, est que le droit d'usufruit d'une maison étant le droit de l'habiter par soi-même ou par d'autres, ce droit ne peut plus subsister lorsqu'il ne reste plus de la maison que la place; une place nue n'étant pas de nature à être habitée.

La réponse à cette loi, est que la décision de cette loi n'est que pour le cas auquel l'usufruit d'une maison appartient à quelqu'un à titre singulier. La loi 34, § 2, ff. *de Usufr.* décide formellement qu'il n'en est pas de même de l'usufruit que quelqu'un aurait à titre universel, et que si une maison comprise dans l'universalité des biens dont l'usufruit appartient à quelqu'un, vient à être incendiée, l'usufruitier conserve son droit d'usufruit dans la place qui reste de cette maison; parce que cet usufruit universel n'est pas l'usufruit d'une telle maison, ni d'une telle chose, mais l'usufruit de tout ce que comprend l'universalité des biens, dans laquelle la place qui reste de cette maison incendiée, se trouve comprise : *Quoniam*, dit Julien, *qui bonorum suorum usumfructum legat, non solùm eorum quæ in specie sunt, sed et substantiæ omnis usumfructum legare videtur : in substantiâ autem bonorum etiam area est; eod.* §. L'usufruit de la douairière est un usufruit universel; ce n'est point l'usufruit d'une telle et telle chose nommément, c'est l'usufruit de l'universalité des immeubles que son mari avait au temps des épousailles : on ne peut donc lui opposer la décision d'Ulpien, qui n'est que pour le cas de l'usufruit particulier d'une telle maison.

J'aurais même de la peine à croire que cette décision d'Ulpien dût être adoptée dans notre droit, même dans son cas; elle paraît n'être fondée que sur une pure subtilité. Il semble au contraire équitable que l'usufruitier d'une

[1] *V.* art. 1019, 1er alinéa, C. civ. *V.* la note précédente.

maison qui a été incendiée, ne pouvant plus iouir de la maison, jouisse au moins de ce qui en reste [1].

§ III. *De ce qui est subrogé à une chose sujette au douaire.*

73. Ce que le mari reçoit à la place d'un héritage ou autre immeuble sujet au douaire, est subrogé à cet immeuble, et devient sujet au douaire, comme l'était l'immeuble auquel il est subrogé.

Par exemple, si une rente constituée dont le mari était créancier au temps des épousailles, et qui était par conséquent sujette au douaire, a été rachetée pendant le mariage, la somme de deniers que le mari a reçue pour le rachat, est subrogée à cette rente; et la veuve, lors de l'ouverture du douaire, est bien fondée à demander la jouissance de cette somme de deniers, quant à la même portion pour laquelle elle aurait joui de la rente.

Il en est de même d'une somme de deniers que le mari aurait reçue pendant le mariage, pour le prix d'un héritage sujet au douaire, qu'il aurait été contraint de vendre pour une cause d'utilité publique [2].

ART. V. — Quand les héritages et autres immeubles sujets au douaire, cessent-ils de l'être, et de l'indemnité qui peut être prétendue par la douairière.

74. Ire Maxime. — Il est évident que l'héritage ou autre immeuble sujet au douaire, cesse d'y être sujet, lorsqu'il cesse d'exister; car on ne peut avoir aucun droit sur ce qui n'existe plus, et le néant n'est susceptible d'aucune charge.

Est-il dû en ce cas quelque indemnité à la douairière? C'est ce que nous apprendrons des maximes suivantes.

75. IIe Maxime.—Lorsque la chose sujette au douaire a cessé d'exister san.

---

[1] Les rédacteurs du Code n'ont point adopté l'opinion exprimée ici par Pothier, V. art. 624, C.civ., et leur décision, nous paraît plus conforme aux principes que l'opinion de Pothier. En effet, lorsqu'il s'agit d'un droit d'usufruit établi sur un objet déterminé, on ne doit pas estimer la perte totale de la chose par sa dissolution, son anéantissement matériel seulement; il faut aussi l'envisager sous le rapport de la cessation de ses fonctions, de l'impossibilité de remplir sa primitive destination; en sorte que si le changement survenu, par cas fortuit, dans le corps qui était sujet à l'usufruit est tellement substantiel que les parties physiques qui en restent ne soient plus susceptibles d'une jouissance de même nature que celle qui avait été léguée, on peut dire que la chose n'existe plus, que sa substance est changée; car, en droit, la substance s'estime bien plus par la destination de la chose, l'usage qu'on en peut faire, que par ses parties matérielles. Ce ne serait plus alors le même droit d'usufruit.

Art. 624: « Si l'usufruit n'est établi « que sur un bâtiment, et que ce bâ- « timent soit détruit par un incendie « ou autre accident, ou qu'il s'écroule « de vétusté, l'usufruiter n'aura le « droit de jouir ni du sol ni des maté- « riaux. Si l'usufruit était établi sur « un domaine dont le bâtiment faisait « partie, l'usufruitier jouirait du sol « et des matériaux. »

[2] Les subrogations réelles, c'est-à-dire d'une chose à une autre sont peu fréquentes en droit; nous en avons un exemple dans l'art. 1407, C. civ., au cas d'échange d'un immeuble propre pendant la communauté.

Art. 1407: « L'immeuble acquis pendant le mariage à titre d'échange « contre l'immeuble appartenant à l'un « des deux époux, n'entre point en « communauté, et est subrogé au lieu « et place de celui qui a été aliéné, « sauf la récompense, s'il y a soulte.»

le fait ni la faute du mari, quoique le mari n'ait rien reçu à la place, la douairière n'a aucune indemnité à prétendre.

76. III[e] Maxime. — Lorsque le mari a reçu quelque chose à la place de la chose sujette au douaire, qui est éteinte, le douaire est transféré sur la chose que le mari a reçue à la place.

V. des exemples de cette maxime, *suprà*, n° 73, dans les cas du rachat d'une rente, ou d'une vente que le mari a été contraint de faire pour cause d'utilité publique.

77. IV[e] Maxime.—Lorsque la chose sujette au douaire a cessé d'exister par le fait ou la faute du mari, quoique le mari n'ait rien reçu à la place, la douairière doit avoir une indemnité sur les biens du mari.

Par exemple, lorsqu'une rente dont le mari était créancier au temps des épousailles, et qui par conséquent était sujette au douaire, a été éteinte par la remise volontaire et gratuite que le mari en a faite au débiteur pendant le mariage; la rente ayant en ce cas été éteinte par le fait du mari, la douairière en doit être indemnisée par la succession du mari.

Il en est de même du cas auquel le mari l'aurait laissé prescrire; la rente étant en ce cas éteinte par la faute du mari, la douairière doit pareillement être indemnisée [1]. Nous verrons en quoi doit consister cette indemnité.

78. Observez qu'il y a certains droits immobiliers que le mari avait au temps des épousailles, et qui étaient par conséquent sujets au douaire; pour lesquels néanmoins la douairière ne peut prétendre aucune récompense, lorsque le mari les a laissé éteindre par la prescription, en ne les exerçant pas dans le temps auquel ils devaient être exercés.

On peut apporter pour exemple les actions rescisoires, les actions de réméré, les actions de retrait lignager, féodal ou conventionnel, qui étaient ouvertes dès le temps des épousailles. Quoique le mari les ait laissé éteindre par la prescription, en ne les exerçant pas, la douairière n'en peut prétendre aucune récompense; car ces actions ne sont un véritable bien du mari, et ne sont en conséquence sujettes au douaire qu'autant qu'il trouve de l'avantage à les exercer, et qu'il en a la commodité. C'est pourquoi, lorsqu'il ne les a pas exercées on doit croire, ou qu'il n'y aurait pas eu de l'avantage à les exercer, ou qu'il n'a pas eu la commodité de le faire; et dans l'un et l'autre cas, il n'est censé avoir donné aucune atteinte au douaire de sa femme.

Par la même raison, quand même ces espèces d'actions que le mari avait dès le temps des épousailles, subsisteraient encore au temps de l'ouverture du douaire, la douairière ne peut pas obliger les héritiers du mari, à qui elles appartiennent, à les exercer [2].

79. V[e] maxime. — L'héritage dont le mari était propriétaire au temps des épousailles, cesse d'être sujet au douaire, lorsque le droit de propriété qu'avait le mari vient à se résoudre *ex causâ antiquâ et necessariâ :* il en est autrement lorsque c'est *ex causâ novâ*, et par le fait du mari.

On peut apporter pour exemples de la première partie de cette maxime, les cas auxquels le mari est évincé de l'héritage, soit pour cause de survenance d'enfants à la personne qui lui en avait fait donation, soit sur une action rescisoire pour cause de la minorité du vendeur, ou pour cause de lésion d'outre

---

[1] C'est qu'il résulte de la nature du douaire, ainsi que Pothier l'a expliqué aux n° 5 et 6, ci-dessus, un véritable droit acquis, sous une condition au profit de la femme; dès lors le mari est débiteur; or le débiteur ne peut ni par sa faute, ni par sa négligence, ni par son fait porter atteinte aux droits du créancier.

[2] L'exercice de pareils droits est une pure faculté; dont la femme profitera, s'ils sont réalisés.

moitié du juste prix [1], ou pour quelque autre cause que ce soit, soit sur une action de réméré, soit sur un retrait lignager ou seigneurial.

La raison sur laquelle est fondée cette première partie de notre maxime est évidente. Le mari, ou la loi pour lui, n'ont pu transférer à la femme pour son douaire, plus de droit dans l'héritage que le mari n'en avait : *Nemo potest plus juris in alium transferre quàm ipse haberet;* L. 54, ff. *de Reg. jur.* Le mari n'ayant donc pas eu un droit de propriété parfaite et irrévocable de l'héritage, n'ayant eu qu'un droit résoluble, celui que la femme y avait pour son douaire, ne pouvait être qu'un droit qui était pareillement résoluble, et qui doit par conséquent se résoudre lorsque le droit du mari vient à se résoudre. C'est le cas de la maxime : *Soluto jure dantis, solvitur jus accipientis.*

Voyez néanmoins en l'article précédent, une espèce d'exception à cette maxime en cas de substitution [2].

On peut apporter pour exemple de la seconde partie de notre maxime le cas auquel le mari qui était propriétaire d'un héritage au temps des épousailles, en a été évincé depuis, sur une action en révocation pour cause d'ingratitude, ou lorsqu'il l'a fait tomber en commise pour cause de désaveu ou de félonie. L'héritage, dans ces cas, ne retourne au donateur qui a révoqué sa donation, ou au seigneur au profit de qui il est tombé en commise, qu'avec toutes les charges d'hypothèques, de servitudes et autres que le mari y a imposées; et par conséquent pareillement avec la charge du droit de douaire que la femme y avait acquis. La raison est que le mari ne peut par son fait priver des tiers, des droits qu'ils ont acquis sur son héritage : *Nemo ex facto alterius prægravari debet* [3].

80. VIe MAXIME. — Lorsque le droit de propriété d'un héritage que le mari avait au temps des épousailles, se résout *ex causâ antiquâ et necessariâ*, mais pour l'avenir seulement ; si le mari a reçu quelques sommes de deniers à la place de cet héritage, le douaire de la femme est transféré sur ces sommes de deniers. Il en est autrement lorsque le droit du mari est rescindé, même pour le passé.

On peut apporter pour exemple de la première partie de cette maxime, le cas auquel le mari qui était propriétaire d'un héritage au temps des épousailles, en est depuis évincé pendant le mariage, sur une action de réméré, ou sur un retrait lignager, ou seigneurial, ou conventionnel. Le droit du mari se résout *ex causâ antiquâ et necessariâ ;* mais il ne se résout que pour l'avenir : cette éviction n'empêche pas qu'il n'ait été véritablement propriétaire de cet héritage au temps des épousailles, et jusqu'au temps de l'éviction : les sommes qu'il a reçues du vendeur qui a exercé le réméré contre lui, ou du retrayant, pour le remboursement tant du prix de l'héritage, que du prix des augmentations qu'il y avait faites avant le mariage, lui tiennent lieu de cet héritage, et y sont subrogées [4]. C'est pourquoi le douaire de la femme, au-

---

[1] Aujourd'hui, il faut une lésion de plus des sept douzième (art. 1674, C. civ.).

Art. 1674 : « Si le vendeur a été « lésé de plus de sept douzièmes dans « le prix d'un immeuble, il a le droit « de demander la rescision de la « vente, quand même il aurait expres- « sément renoncé dans le contrat à « la faculté de demander cette resci- « sion, et qu'il aurait déclaré donner « la plus-value. »

[2] Pothier fait allusion au cas où une chose est subrogée ou substituée à une autre, n° 73, ci-dessus.

[3] On peut dire aussi qu'il y a plutôt une *peine* à infliger au coupable, qu'à opérer une révocation complète du droit primitif.

[4] Il ne faut pas prendre cette doctrine trop à la lettre : on arriverait promptement à des conséquences erronées. Ainsi, selon notre auteur, le droit de l'acheteur, au cas de réméré,

quel avait été sujet ledit héritage, jusqu'à ce que le mari en eût été évincé, est transféré sur lesdites sommes, qui tiennent lieu au mari de l'héritage, comme nous l'avons établi en l'article précédent, § 3, et la douairière a droit de jouir en usufruit desdites sommes, quant à la même portion pour laquelle elle aurait dû jouir de l'héritage duquel elles tiennent lieu.

On peut aussi apporter pour exemple le cas auquel le mari aurait été évincé sur une action hypothécaire, d'un héritage dont il était propriétaire au temps des épousailles, et sur lequel il avait fait des augmentations avant son mariage. Le droit du mari ne se résolvant en ce cas que pour l'avenir, le douaire de la femme, auquel a été sujet l'héritage jusqu'à ce que le mari en ait été évincé, est transféré sur la somme que le mari a reçue du demandeur pour le prix des augmentations que le mari avait faites avant le mariage sur cet héritage; car ces augmentations étant quelque chose qui fait partie de l'héritage, appartenaient au mari et étaient sujettes au douaire, ainsi que l'héritage dont elles font partie [1].

---

se résout *ex causâ antiquâ et necessariâ*, et cependant il ne se résout que pour l'avenir, cette éviction n'empêche pas que l'acheteur n'ait été véritablement propriétaire jusqu'au temps de l'éviction, les sommes qu'il reçoit lui tiennent lieu de cet héritage et y sont subrogées !. Il faut en convenir tout cela n'est pas en parfaite harmonie : l'acheteur n'a été qu'un propriétaire sous condition, l'exercice du réméré est l'accomplissement de cette condition inhérente au contrat primitif ; or, les conditions accomplies ont un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté : la mutation de droits ne procède pas de l'événement de la condition, mais au contraire de la convention primitive, il faut donc rattacher l'effet à sa cause, et effacer les droits acquis dans le temps intermédiaire. Supposons, par exemple, que l'acheteur avant l'exercice du réméré eût hypothéqué l'immeuble, ou l'eût grevé de servitudes; certes tous ces droits disparaîtraient par l'exercice du réméré, et les créanciers hypothécaires ou le voisin qui avait acheté la servitude ne pourraient prétendre à aucune préférence sur le prix restitué par le vendeur primitif à l'acheteur évincé ; leur droit d'hypothèque et de servitude étaient conditionnels, étaient résolubles, ils s'évanouissent par l'accomplissement de la condition. *V.* art. 1673, 2e alinéa, et 2125., C. civ.

Art. 1673 : « Le vendeur qui use du « pacte de rachat, doit rembourser non- « seulement le prix principal, mais en- « core les frais et loyaux coûts de la « vente, les réparations nécessaires, et « celles qui ont augmenté la valeur du « fonds, jusqu'à concurrence de cette « augmentation. Il ne peut entrer en « possession qu'après avoir satisfait à « toutes ces obligations. — Lorsque le « vendeur rentre dans son héritage par « l'effet du pacte de rachat, il le reprend « exempt de toutes les charges et hy- « pothèques dont l'acquéreur l'aurait « grevé : il est tenu d'exécuter les « baux faits sans fraude par l'acqué- « reur. »

Art. 2125 : « Ceux qui n'ont sur « l'immeuble qu'un droit suspendu par « une condition, ou résoluble dans « certain cas, ou sujet à rescision, ne « peuvent consentir qu'une hypothè- « que soumise aux mêmes conditions « ou à la même rescision. »

[1] Dans cet exemple la doctrine de Pothier est moins sujette à critique ; c'est qu'il n'y a pas une résolution proprement dite. La propriété de l'acheteur d'un immeuble hypothéqué n'a rien de conditionnel, *directè et principaliter* ; s'il souffre l'éviction, c'est l'effet d'un accident étranger à la nature de son droit, c'est parce que les créanciers ayant le droit de suite ne sont pas payés, et, lorsqu'arrivera l'expropriation, la mutation de propriété s'opérera de lui à l'adjudicataire ; il y aura cessation de sa propriété plutôt que résolution ; aussi la loi maintient-elle, autant qu'il est possible, l'effet des hypothèques qui ont pris naissance

La somme reçue pour le prix desdites augmentations, qui est subrogée et tient lieu au mari desdites augmentations, doit donc pareillement être sujette au douaire.

Si les augmentations avaient été faites depuis le mariage, la somme payée pour le prix des augmentations, devant en ce cas appartenir à la communauté, aux dépens de qui elles ont été faites, elles ne sont pas en ce cas sujettes au douaire; la femme ne pouvant pas tout à la fois avoir sur une même chose droit de douaire et droit de communauté, comme nous l'avons vu *suprà*.

81. On peut apporter pour exemple de la seconde partie de notre maxime, le cas auquel le mari, qui tenait un héritage au temps des épousailles, en a été depuis évincé, sur des lettres de rescision obtenues par son vendeur, soit pour cause de minorité, soit pour cause de lésion d'outre moitié du juste prix, soit pour quelque autre cause que ce soit. Dans ce cas, la vente qui avait été faite au mari, de cet héritage, étant rescindée, détruite, et réduite *ad non actum*, le droit du mari, qui résultait de cette vente, est resolu, même pour le passé[1]; l'héritage est censé n'avoir jamais appartenu au mari, et par conséquent n'avoir jamais été sujet au douaire. C'est pourquoi la somme d'argent que le mari avait payée au vendeur pour le prix de la vente, et qui lui est rendue par le vendeur, ne peut être considérée comme subrogée à l'héritage dont il est évincé; puisque cet héritage est censé ne lui avoir jamais appartenu; il reçoit cette somme comme l'ayant payée indûment, *sine causâ*, ou *ex falsâ causâ*, pour le prix d'une vente qui n'a pas eu lieu : cette somme ne peut donc être sujette au douaire de la femme, à la place de l'héritage, puisqu'elle n'est pas subrogée à l'héritage, et que l'héritage lui-même, étant censé n'avoir jamais appartenu au mari, n'y a jamais été sujet.

82. Il en est de même de la somme qu'il a reçue pour le prix des augmentations faites sur l'héritage. La femme ne peut prétendre son douaire sur cette somme; car l'héritage dont le mari est évincé, et sur lequel elles ont été faites, étant une chose qui est censée n'avoir jamais appartenu au mari, et n'avoir jamais été sujette au douaire, les augmentations faites par le mari, avant le mariage, sur cet héritage, qui font partie de cet héritage, sont pareillement une chose qui est censée n'avoir jamais appartenu au mari, et n'avoir jamais par conséquent été sujette au douaire. La répétition qu'a le mari, du prix des augmentations, n'est qu'une simple créance qu'a le mari, semblable à celle d'un *negotiorum gestor*, qui aurait fait des impenses nécessaires ou utiles sur l'héritage d'autrui.

83. On peut apporter pour second exemple, le cas de l'action rédhibitoire. *Finge*. J'avais, au temps de mes épousailles, un pâtis que j'avais acheté peu auparavant. Je me suis, peu après, aperçu qu'il était rempli d'herbes vénéneuses : ce vice est rédhibitoire; L. 49, ff. *Ædil. Ed.* L. 4, Cod. *eod. tit.* J'ai en conséquence intenté l'action contre mon vendeur, et j'ai fait déclarer la

de son chef. (*V.* art. 2177, 2e alinéa, C. civ.)

Art. 2177 : « Les servitudes et droits « réels que le tiers détenteur avait sur « l'immeuble ayant sa possession, re- « naissent après le délaissement ou « après l'adjudication faite sur lui. Ses « créanciers personnels, après tous « ceux qui sont inscrits sur les précé- « dents propriétaires, exercent leurs « hypothèques à leur rang, sur le bien « délaissé ou adjugé. »

[1] Cet effet rétroactif qui a lieu dans les cas de la rescision parce que l'acte primitif est réduit *ad non esse*, et qui n'a cependant pas lieu dans le cas du réméré qui est une condition résolutoire, se comprend difficilement : il nous semble que dans les deux cas les effets de l'acte primitif sont mis au néant : quoique *acquisitatis causâ*, on eût pu conserver le douaire sur les valeurs recouvrées par l'effet de la résolution ou de la rescision.

vente nulle. Dans cette espèce, la vente étant, comme dans l'espèce précédente, réduite *ad non actum*, on doit pareillement décider que ma femme ne peut prétendre douaire, ni sur le pâtis, qui est censé ne m'avoir jamais appartenu, ni sur la somme qui m'a été rendue.

On opposera une différence. Dans le cas de l'action rescisoire, je suis évincé sans mon fait; mais l'action rédhibitoire que j'ai intentée, est mon fait: or, je ne puis, en cessant par mon fait de posséder un héritage, priver ma femme du douaire qu'elle y a. Oui, lorsque l'héritage m'a véritablement appartenu; mais celui qui a été l'objet de mon action rédhibitoire, ne m'a jamais véritablement appartenu, le consentement que j'ai donné à son acquisition, qui n'était fondé que sur l'erreur et l'ignorance du vice, n'ayant pas été un véritable consentement [1]: *Non videntur qui errant consentire*, L. 116, § 2, ff. *de Reg. jur.*

84. Septième maxime. — Lorsque le mari, sans le consentement de sa femme a aliéné durant le mariage l'héritage sujet au douaire; si l'aliénation a été volontaire, si elle procède de son fait, l'héritage continue d'être sujet au douaire de la femme, en quelques mains qu'il passe. Si l'aliénation est une aliénation nécessaire, qui ne procède pas du fait du mari, comme lorsqu'elle a été faite pour quelque cause d'utilité publique, l'héritage cesse d'être sujet au douaire; mais le droit de la femme est transféré sur la somme que le mari a reçue pour le prix [2].

85. La raison de la première partie de notre maxime est évidente. Les héritages que le mari avait au temps des épousailles, et ceux qui lui sont venus depuis de ses père et mère ou autres ascendants, ayant été affectés par le mariage au douaire de la femme, au cas qu'il eût lieu, le mari n'en est possesseur et propriétaire que *cum eâ causâ*, avec cette affectation : il ne peut donc, en les aliénant, transférer à l'acquéreur la propriété de ces héritages que telle qu'il l'a lui-même; c'est-à-dire avec l'affectation au douaire de sa femme, au cas qu'il ait lieu, personne ne pouvant tranférer à un autre plus de droit dans une chose, qu'il n'en a lui-même. C'est pourquoi, en quelques mains que l'héritage passe, il continue d'être sujet au douaire.

La coutume du Grand-Perche en a une disposition en l'art. 119, où il est dit : « Si le mari, sans le consentement de sa femme, vend son héritage sujet « au douaire, en tout ou en partie, la femme peut, après le décès de son mari, « demander son douaire à l'acheteur. »

---

[1] C'est peut-être donner un peu d'extension à cette maxime.

[2] Les articles 17 et 18 de la loi du 3 mai 1841 sur les expropriations pour cause d'utilité publique contiennent une disposition analogue, en ce qui concerne les droits des créanciers hypothécaires et de ceux qui auraient des actions en résolution, en revendication ou toute autre action réelle relativement aux immeubles expropriés.

Loi du 3 mai 1841. — Art. 17. « Dans « la quinzaine de la transcription, les « priviléges et les hypothèques conven- « tionnelles, judiciaires ou légales, se- « ront inscrits. — A défaut d'inscrip- « tion dans ce délai, l'immeuble expro- « prié sera affranchi de tous priviléges « et hypothèques, de quelque nature « qu'ils soient, sans préjudice des droits « des femmes, mineurs et interdits, « sur le montant de l'indemnité, tant « qu'elle n'a pas été payée ou que l'or- « dre n'a pas été réglé définitivement « entre les créanciers. — Les créan- « ciers inscrits n'auront, dans aucun « cas, la faculté de surenchérir, mais « ils pourront exiger que l'indemnité « soit fixée conformément au titre IV. »

Art. 18 : « Les actions en résolution, « en revendication, et toutes autres « actions réelles, ne pourront arrêter « l'expropriation ni en empêcher l'effet. « Le droit des réclamants sera trans- « porté sur le prix, et l'immeuble en « demeurera affranchi. »

Cette disposition de la coutume du Grand-Perche doit avoir lieu partout, étant fondée sur les principes de droit ci-dessus rapportés, qui sont pris dans la nature.

La coutume dit : *sans le consentement de sa femme ;* car, lorsqu'elle a consenti en majorité, elle ne peut pas revenir contre son fait ; mais dans les coutumes qui donnent un douaire aux enfants, le consentement de la femme ne décharge pas l'héritage du douaire des enfants.

La coutume dit, *vend :* cela est dit *exempli gratiâ :* il en est de même des autres titres d'aliénation.

Enfin la coutume dit, *peut demander son douaire à l'acheteur;* ce qui doit s'étendre à tous les tiers détenteurs de l'héritage qui lui ont succédé.

86. Dumoulin, en sa note sur le susdit article, observe que l'héritage sujet au douaire, que le mari a aliéné, continue tellement d'être affecté au douaire, que cette affectation ne peut être purgée ni par aucune prescription, ni par décret, tant que le mariage dure : *non obstante*, dit-il, *quocumque temporis lapsu, et non obstante decreto, et subhastationibus interdùm interpositis, dummodò matrimonium sit publicum, et non clandestinum.*

L'article 117, inséré dans la coutume de Paris lors de sa réformation, est conforme à cette doctrine de Dumoulin. Il y est dit : *En matière de douaire, la prescription commence à courir du jour du décès du mari seulement.*

La jurisprudence est aussi conforme à la doctrine de Dumoulin, par rapport au décret. Bacquet, *Traité des Droits de justice*, ch. 15, n° 72, cite un arrêt du 6 mai 1562, qui a jugé qu'un héritage, quoique adjugé par décret, ne laissait pas d'être sujet au douaire de la femme : il en cite d'autres pour le douaire des enfants. La raison est, que le douaire ne devant être ouvert qu'à la mort du mari, il ne peut être purgé avant que d'être né [1].

87. Le principe que nous venons d'établir, reçoit un tempérament d'équité, qui est que les héritages que le mari a aliénés, ne continuent d'être sujets au douaire que subsidiairement, dans le cas auquel la femme ne trouverait pas dans les biens sujets au douaire, qui sont restés dans la succession de son mari, de quoi lui fournir la portion qui lui appartient pour son douaire; mais s'il y a de quoi l'en remplir, la femme n'est pas reçue à poursuivre son douaire contre les tiers détenteurs des héritages sujets à son douaire, comme nous le verrons *infrà.*

88. Pareillement, lorsque le mari a aliéné à titre d'échange ou de bail à rente, un héritage sujet au douaire de la femme ; quoique cette aliénation soit une aliénation volontaire, qui, selon la subtilité du droit, n'empêche pas l'héritage de demeurer sujet au douaire, néanmoins, lorsque l'échange a été fait sans retour, et le bail à rente sans deniers d'entrée, et de bonne foi, la femme doit prendre son douaire sur la rente ou sur l'héritage reçu en contre-échange, qui sont un juste équivalent de celui qu'elle aurait sur l'héritage.

89. La seconde partie de notre maxime est évidente. Le mari ayant été forcé, pour cause d'utilité publique, de céder son héritage, la même cause d'utilité publique oblige tous ceux qui ont quelque droit sur cet héritage, de céder le droit qu'ils y ont. L'héritage doit donc cesser d'être sujet au douaire, lequel doit être transféré sur la somme que le mari recevra pour le prix dudit héritage : cette somme est, à cet effet, subrogée à l'héritage, comme nous l'avons établi *suprà.*

90. Le déguerpissement que le mari a fait d'un héritage sujet au douaire de sa femme, pour se décharger d'une rente foncière dont il était chargé,

---

[1] Cette jurisprudence était favorable à la femme, car on aurait pu dire qu'à l'égard des tiers détenteurs les actes conservatoires et interruptifs de prescription étaient possibles ; rien donc n'empêcherait d'agir.

n'appartient pas à la seconde partie de notre maxime. Ce n'est pas une aliénation nécessaire, puisqu'il était au pouvoir du mari de ne pas déguerpir : elle procède de son fait ; elle ne décharge donc pas l'héritage des charges dont il se trouvait chargé au temps du déguerpissement, comme nous l'avons établi en notre *Traité du Bail à rente*, ch. 6, sect. 2, art. 7, § 3. C'est pourquoi, si cet héritage est augmenté de revenu, la femme, à défaut d'autres biens, peut prétendre contre le créancier à qui il a été déguerpi, la jouissance de la moitié de cet héritage, aux offres qu'elle doit faire de lui payer, pendant le temps qu'elle en jouira, la moitié de la rente dont il était chargé, et les intérêts de la moitié de la somme à laquelle montent les impenses nécessaires et utiles qui y ont été faites depuis le déguerpissement, autres que celles d'entretien.

91. Lorsque, du vivant du mari, des créanciers postérieurs au mariage ont saisi et vendu par décret l'héritage sujet au douaire ; cette vente par décret, quoiqu'elle n'ait pu être empêchée par le mari, n'est pas néanmoins dans le cas de la seconde partie de notre maxime ; car cette vente procède du fait du mari, qui a hypothéqué l'héritage depuis le mariage, et qui n'a pas pu, en l'hypothéquant, préjudicier au douaire auquel il l'avait précédemment affecté en se mariant. L'héritage ainsi vendu continue donc d'être sujet au douaire ; et la femme peut, après la mort du mari, poursuivre son douaire sur cet héritage contre l'adjudicataire, quoiqu'elle n'ait pas formé opposition au décret, la solennité du décret ne purgeant pas le douaire avant qu'il soit né.

Il en serait autrement si le saisissant ou quelqu'un des opposants avaient des hypothèques antérieures au mariage : l'adjudication serait en ce cas une aliénation véritablement nécessaire, qui ne procéderait pas d'un fait du mari, intervenu depuis le mariage. Ces créanciers ayant eu, dès avant le mariage, une hypothèque qui leur donnait le droit de faire vendre les héritages de leur débiteur, pour être payés de leurs créances, leur débiteur n'a pas pu depuis, en affectant par son mariage ses héritages au douaire de sa femme, préjudicier au droit que ses créanciers avaient sur lesdits héritages avant son mariage. Lors donc qu'un créancier hypothécaire, antérieur au mariage, a saisi réellement un héritage du mari, ou s'est rendu cosaisissant, par l'opposition qu'il a formée à la saisie faite par un autre, et que sur cette saisie l'héritage a été adjugé, il cesse entièrement d'être sujet au douaire de la femme. C'est l'avis de Renusson, ch. 10, nº 4, et de Bacquet, *Traité des Droits de justice*, ch. 15, nº 73.

92. Il reste une question ; c'est de savoir si, en ce cas, ce qui reste du prix de l'adjudication après les frais de saisie réelle et les créances antérieures au mariage acquittés, devient, à la place de l'héritage, sujet au douaire, de manière que la douairière, après la mort de son mari, soit fondée à exercer son douaire sur ce restant du prix ; et si elle peut obliger les créanciers postérieurs au mariage, qui ont touché à l'ordre ce restant du prix, à rapporter ce qu'ils ont touché, pour que la femme y exerce son douaire ?

On peut dire contre la femme, en faveur des créanciers postérieurs au mariage, qui ont touché à l'ordre, qu'il est vrai que, dans le cas d'une aliénation nécessaire, le droit de douaire que la femme avait sur l'héritage, qui cesse par cette aliénation d'y être sujet, est transféré sur ce que le mari a reçu à la place.

Mais lorsque ce que le mari a reçu à la place, est de l'argent, ou d'autres choses mobilières, le douaire de la femme est bien transféré sur ces choses ; mais elle ne peut l'exercer que sur ce qui se trouve dans la succession du mari, et non contre des tiers. Les choses mobilières n'étant sujettes, dans notre jurisprudence, à aucune suite contre les tiers, lorsqu'elles ont été aliénées, la femme n'est pas fondée à poursuivre son douaire sur les deniers du

prix de l'héritage sujet à son douaire, contre les créanciers postérieurs au mariage qui les ont touchés à l'ordre.

Néanmoins Renusson, ch. 10, n° 6, dit que l'opinion commune est que la femme est fondée en ce cas à faire rapporter aux créanciers postérieurs au mariage, ce qu'ils ont touché du prix de l'héritage à l'ordre, pour y exercer son douaire. La raison qu'il en apporte est, que n'y ayant eu que les créanciers antérieurs au mariage, qui aient eu le droit de le faire vendre, les créanciers postérieurs au mariage n'ayant pas eu le droit de faire vendre au préjudice du douaire, ils n'ont pas eu le droit d'en recevoir le prix. Je ne sais pas si cette raison est bien concluante.

Pour éviter toute difficulté, la femme doit en ce cas s'opposer au décret, et demander que les créanciers postérieurs au contrat de mariage, ne soient colloqués qu'à la charge de rapport, si par la suite il y a lieu au douaire; ce qui ne peut en ce cas lui être refusé.

93. VIIIe MAXIME. — Lorsque le mari avait, au temps des épousailles, des héritages en commun avec ses cohéritiers ou autres copropriétaires, entre lesquels il intervient depuis un partage; l'effet rétroactif que notre jurisprudence donne aux partages, ayant déterminé le droit et la part du mari aux choses échues en son lot par le partage, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 22, la femme ne peut prétendre aucun douaire sur celles qui sont échues par le partage aux cohéritiers ou copropriétaires de son mari, dans lesquelles il est censé n'avoir jamais eu aucun droit [1].

94. IXe MAXIME. — Pareillement, lorsqu'un héritage que le mari tenait, au temps des épousailles, en commun avec ses cohéritiers ou autres copropriétaires, est licité et adjugé à un autre qu'au mari, le douaire de la femme n'est pas à prendre sur cet héritage, mais seulement sur la somme que le mari a eue pour sa part dans le prix de la licitation.

Les licitations tenant lieu de partage, et ayant le même effet rétroactif qu'on donne aux partages; lorsque, sur la licitation, c'est un cohéritier ou copropriétaire du mari, qui a été adjudicataire, tout le droit indéterminé que le mari y avait, est censé s'être terminé à la part qu'il a dans le prix de la licitation de l'héritage, qui est censé avoir toujours appartenu à l'adjudicataire. C'est pourquoi la femme ne peut avoir son douaire que sur la part que son mari a eue dans le prix de la licitation, qui lui tient lieu du droit immobilier indéterminé qu'il avait au temps des épousailles [2].

Lorsque c'est un étranger qui s'est rendu adjudicataire, la femme ne peut pareillement exercer son douaire que sur la part de son mari dans le prix de la licitation. Pour quelle raison? C'est que la licitation est une aliénation nécessaire, et que dans le cas des aliénations nécessaires, suivant la septième maxime, l'héritage aliéné cesse d'être sujet au douaire, lequel est transféré sur le prix.

95. Xe MAXIME. — Lorsqu'un homme a partagé, pendant le mariage, avec ses cohéritiers la succession de son père ou de sa mère, composée de meubles et d'immeubles, et que par le partage il a eu dans son lot beaucoup plus de meubles, et en récompense beaucoup moins d'immeubles qu'il ne lui en revenait pour sa part, ou même lorsqu'il n'a eu que des meubles dans son lot, la douairière n'a rien à demander aux cohéritiers de son mari; mais elle doit

---

[1] Cet effet rétroactif du partage est reproduit dans l'art. 883, C. civ.

Art. 883: « Chaque cohéritier est « censé avoir succédé seul et immé- « diatement à tous les effets compris « dans son lot, ou à lui échus sur lici- « tation, et n'avoir jamais eu la pro- « priété des autres effets de la suc- « cession. »

[2] Le même art. 883 porte « *ou à lui échus sur licitation*. » *V.* la note précédente.

être indemnisée sur la succession de son mari, de l'atteinte qu'a reçue par ce partage son droit de douaire dans la part afférente à son mari dans l'immobilier de cette succession.

La raison de la première partie de cette maxime est que, suivant l'effet que la jurisprudence donne au partage, les cohéritiers du mari de la douairière sont censés ne tenir rien de lui, et avoir succédé directement au défunt pour le total à tous les immeubles échus dans leurs lots.

La seconde partie est fondée en équité, et est tirée de Duplessis, *Traité du Douaire*, ch. 2, sect. 1re, observ. 5. Les lois subviennent à des créanciers hypothécaires, en leur permettant d'assister au partage des successions échues à leur débiteur, pour empêcher qu'on ne fasse tomber dans le lot de leur débiteur, des meubles, qui ne sont pas susceptibles d'hypothèque, à la place de la part qui lui revient dans les immeubles de cette succession, sur laquelle ils ont hypothèque [1]; la femme n'ayant pas la liberté d'intervenir au partage des successions échues à son mari, qui se fait dans un temps auquel elle est sous sa puissance, il est juste de lui subvenir par cette indemnité, son droit étant pour le moins aussi favorable que celui des créanciers de son mari.

Observez qu'il ne doit y avoir lieu à cette indemnité que dans le cas auquel il y a clause par le contrat de mariage, que le mobilier des successions sera propre, ou lorsque la femme n'est pas commune : car, lorsque le mobilier des successions tombe dans la communauté, le partage ne peut, en ce cas, être soupçonné d'être fait en fraude des droits de la femme, puisque, si le douaire de la femme est diminué de ce que le mari a dans son lot moins d'immeubles qu'il ne lui en revenait pour sa part, d'un autre côté le droit de communauté de la femme est augmenté de ce que son mari, par ce partage, a eu de plus en mobilier qu'il ne lui en revenait pour sa part. Bien loin donc que la femme souffre de ce partage, elle y trouve de l'avantage, puisqu'elle a à titre de commune, en pleine propriété, la moitié de ce que son mari a eu en mobilier de plus qu'il ne lui en revenait, au lieu qu'elle n'eût pu avoir qu'en usufruit la moitié de ce que son mari a eu de moins dans les immeubles, que la part qui lui en revenait.

96. XIe MAXIME.—Un héritage cesse d'être sujet au douaire, lorsque le mari a été obligé de le rapporter à la succession de son père, ou d'un autre parent de la ligne directe ascendante, qui le lui avait donné, ne s'étant pas trouvé dans cette succession des héritages de pareille valeur et bonté, en quantité suffisante pour égaler les cohéritiers du mari.

Cette maxime est fondée sur ce que le mari n'ayant eu l'héritage qu'à la charge du rapport, il n'a pu être affecté au douaire de sa femme que sous la même charge, le droit de la femme ne devant pas avoir plus d'étendue que celui de son mari, d'où il dérive.

97. Dans le cas auquel le mari aurait pu retenir l'héritage en moins prenant, parce qu'il s'est trouvé dans la succession, des héritages de pareille valeur et bonté, en quantité suffisante pour égaler ses cohéritiers, le rapport que le mari a fait de l'héritage, doit passer en ce cas pour une aliénation volontaire, qui ne peut donner atteinte au douaire de la femme. Je pense néanmoins que la femme ne doit pas être reçue à demander le douaire qu'elle a sur cet héritage, contre le cohéritier de son mari, au lot duquel il est tombé,

---

[1] *V.* art. 882 C. civ.

Art. 882 : « Les créanciers d'un copartageant, pour éviter que le partage ne soit fait en fraude de leurs droits, peuvent s'opposer à ce qu'il y soit procédé hors de leur présence : ils ont le droit d'y intervenir à leurs frais; mais ils ne peuvent attaquer un partage consommé, à moins toutefois qu'il n'y ait été procédé sans eux et au préjudice d'une opposition qu'ils auraient formée. »

et qu'elle en doit plutôt être indemnisée sur les biens de la succession de son mari, si elle ne s'en trouve pas suffisamment indemnisée par ce qui est tombé dans le lot de son mari, à la place de l'héritage qu'il a rapporté.

ART. VI. — En quoi consiste le douaire subsidiaire que certaines coutumes accordent.

98. La coutume de Paris, et la plupart des coutumes, n'accordent un douaire à la femme que dans deux espèces de biens du mari, savoir :

1° Dans les immeubles que le mari avait au temps des épousailles ;

2° Dans les immeubles qui lui sont venus depuis de ses père, mère ou autres ascendants ;

Lorsque le mari n'a aucuns biens ni de l'une ni de l'autre de ces deux espèces, ces coutumes n'en accordent aucun à la femme sur les autres biens du mari.

Quelques coutumes plus indulgentes accordent en ce cas à la femme un douaire subsidiaire sur les autres biens de son mari. Notre coutume d'Orléans est de ce nombre; elle dit en l'article 221 : « En traité de mariage auquel il « n'y a convention de douaire, et le mari n'a aucuns propres héritages, la « femme aura pour son douaire le quart des conquêts de la portion des héri- « tiers du décédé en usufruit, en payant les charges; et s'il n'y a conquêts, « aura la quarte partie des meubles de la portion des héritiers du trépassé, à « perpétuité, les dettes déduites. »

Nous verrons sur ce douaire subsidiaire :—Dans un premier paragraphe, en quels cas il y a lieu au douaire subsidiaire accordé par cet article ; — Dans un second paragraphe, quels biens y sont sujets, et pour quelle portion.—Nous traiterons dans un troisième paragraphe, du douaire subsidiaire sur les meubles. — Nous rapporterons dans un quatrième paragraphe, quelques autres espèces de douaire subsidiaire de différentes coutumes.

§ Ier. *En quel cas y a-t-il lieu au douaire subsidiaire*[1].

99. Pour qu'il y ait lieu au douaire subsidiaire, la coutume d'Orléans requiert deux choses : la première, qu'il n'y ait eu entre les parties aucune convention de douaire. C'est ce qui résulte de ces termes : *En traité de mariage auquel il n'y a convention de douaire :* car, si, par le traité de mariage, les parties sont convenues d'un douaire, tel qu'elles ont jugé à propos de le régler, ce douaire conventionnel exclut le douaire coutumier, comme nous le verrons *infrà;* et par conséquent il exclut ce douaire subsidiaire, qui est une espèce de douaire coutumier.

Pareillement, si par le traité de mariage il y avait convention que la femme n'aurait aucun douaire, cette convention étant valable, comme nous l'avons vu *suprà*, il ne peut y avoir lieu au douaire que la coutume accorde par cet article.

100. La seconde chose que la coutume requiert, résulte de ces termes, *et que le mari n'a aucuns propres héritages.*

Si donc le mari avait quelques héritages ou autres immeubles au temps des épousailles, la femme ayant en ce cas le douaire ordinaire sur lesdits héritages, il n'y aurait pas lieu au douaire subsidiaire accordé par cet article, lequel n'a lieu qu'à défaut du douaire ordinaire.

101. Si le mari n'avait encore, au temps des épousailles, aucuns immeubles, et qu'il en ait eu depuis, qui lui sont venus de ses père, mère ou autres ascen-

---

[1] Notre Code n'accordant ni douaire ordinaire ni douaire subsidiaire, on comprend que tout ce paragraphe est sans aucune application, il en est de même des §§ suivants, qui traitent des questions étrangères à notre droit actuel.

dants; ces héritages étant sujets au douaire ordinaire, la femme ayant par conséquent, en ce cas, le douaire ordinaire, il n'y a pas lieu au subsidiaire porté par cet article.

102. La coutume dit, *propres héritages*, c'est-à-dire *propres de communauté*, qui sont sujets au douaire ordinaire. C'est pourquoi, si le mari avait, par une convention de son contrat de mariage, ameubli à la communauté tous les héritages qu'il avait; les héritages ameublis n'étant pas sujets au douaire ordinaire, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 28, et la femme n'ayant par conséquent en ce cas aucun douaire ordinaire, il y aurait lieu au douaire subsidiaire accordé par cet article.

103. La coutume n'entend par *propres héritages*, que ceux qui sont de nature à être sujets au douaire ordinaire. C'est pourquoi, lorsque le mari a des héritages qui lui sont échus pendant le mariage, par succession collatérale; quoique ces héritages soient propres, et n'entrent pas en communauté, néanmoins ces héritages n'étant pas sujets au douaire ordinaire, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 11; si le mari n'en a pas d'autres qu'il ait eus dès le temps des épousailles, ou qui lui soient venus depuis de ses père, mère ou autres ascendants, la femme n'ayant pas, en ce cas, de douaire ordinaire, elle doit avoir le douaire subsidiaire porté par cet article, qui a lieu à défaut du douaire ordinaire.

Lorsque le mari n'a d'autres propres que ceux qui lui sont échus pendant le mariage, par succession collatérale, on ne peut disconvenir que la femme doit avoir en ce cas un douaire subsidiaire, l'esprit de cette coutume étant que la femme ait toujours un douaire sur les biens de son mari. Mais il y en a qui pensent que la femme aura bien en ce cas un douaire subsidiaire, mais non sur les conquêts, sur lesquels la coutume ne l'accorde que *si le mari n'a aucuns propres;* mais qu'elle aura ce douaire subsidiaire sur ces propres échus par succession collatérale, lesquels ne sont pas à la vérité sujets au douaire ordinaire, mais doivent être sujets au subsidiaire. C'est, dit-on, un premier degré de douaire subsidiaire, conforme à l'esprit de cette coutume, quoiqu'elle ait omis de l'énoncer. Je ne suis pas de cet avis. Voy. *infrà*, n° 113, le sens dans lequel je crois que doivent être entendus ces termes, *si le mari n'a aucuns propres*.

104. C'est au temps de la mort du mari, qui donne ouverture au douaire, qu'on a égard s'il a quelque héritage ou autre immeuble sujet au douaire ordinaire. Quoique le mari ait eu un héritage qu'il avait dès le temps des épousailles, ou qui lui était venu de ses père, mère ou autres ascendants, et qui était par conséquent affecté au douaire; si cet héritage est péri, ayant été entièrement emporté par une rivière dont il était voisin; ou s'il a cessé de quelque manière que ce soit, d'être sujet au douaire, sans que rien y soit subrogé, et qu'il ne se trouve aucun autre bien sujet au douaire ordinaire, il y a lieu au douaire subsidiaire accordé par cet article.

Il en est autrement dans les cas auxquels la femme a quelque indemnité qui lui tienne lieu et soit subrogée au droit qu'elle eût eu sur l'héritage qui a cessé d'être sujet à son douaire; car cette indemnité étant un douaire ordinaire qu'a la femme, il ne peut plus y avoir lieu au douaire subsidiaire porté par cet article.

Sur les cas auxquels les héritages cessent d'être sujets au douaire, soit avec indemnité pour la femme, soit sans indemnité, *voy.* l'article précédent.

105. Quoique, lors de la mort du mari, il ne se trouve dans sa succession aucun héritage de ceux qui sont sujets au douaire ordinaire; s'il en a aliéné quelqu'un qui y était sujet, et qui continue de l'être, l'aliénation ayant été volontaire, il n'y a pas lieu en ce cas au douaire subsidiaire; car la femme a un douaire ordinaire sur cet héritage, qu'elle peut poursuivre contre les tiers détenteurs.

Quoique la femme, au moyen du consentement qu'elle aurait donné à l'aliénation, n'ait plus droit de douaire sur l'héritage même, le droit de douaire qu'elle a sur le prix que le mari a reçu, lui forme un douaire ordinaire, qui fait cesser le douaire subsidiaire. Il en est de même à l'égard des aliénations nécessaires, lorsque le mari a reçu une somme d'argent; la femme a sur cette somme d'argent un douaire à la place de celui qu'elle avait sur l'héritage.

Lorsque la femme a consenti à la donation que son mari a faite à quelqu'un de l'héritage unique qui était sujet au douaire; quoique la femme n'ait en ce cas aucune indemnité sur les biens de son mari, le mari n'ayant rien reçu à la place de cet héritage, il n'y aura pas lieu au douaire subsidiaire; car il était au pouvoir de la femme de ne pas consentir à la donation, et de conserver son douaire sur cet héritage.

106. S'il n'y a d'autres biens sujets au douaire ordinaire, qu'une rente dont le débiteur est insolvable, il y a lieu au douaire subsidiaire; car c'est la même chose pour la femme, qu'il ne se trouve aucuns biens sujets au douaire ordinaire, ou qu'il ne se trouve qu'une rente dont on ne puisse percevoir aucun revenu par l'insolvabilité du débiteur: *Idem est non habere actionem, et habere inanem.*

Observez que la femme qui demande le douaire subsidiaire en conséquence de la caducité de la rente qui était seule chose affectée au douaire ordinaire, doit renoncer à son douaire sur cette rente caduque; car elle ne peut avoir tout à la fois douaire ordinaire et douaire subsidiaire.

Le douaire subsidiaire n'étant fondé en ce cas que sur la caducité de la rente, les héritiers du mari peuvent en ce cas se défendre du douaire subsidiaire, en rendant la rente bonne, par des offres qu'ils feraient de s'obliger à la payer à la douairière, quant à la part qu'elle y a pour son douaire, pendant tout le temps qu'il doit durer.

107. Lorsqu'au temps de la mort du mari, qui donne ouverture au douaire, le seul héritage sujet au douaire ordinaire se trouve chargé envers un tiers d'un usufruit antérieur au douaire, la femme est censée n'avoir pas le douaire ordinaire, et elle doit avoir le subsidiaire; car le douaire étant donné par les coutumes à la femme pour ses aliments, qui ne peuvent souffrir de retardement, la femme n'est pas censée avoir un douaire effectif, lorsqu'elle ne l'a que sur un héritage dont elle ne peut jouir présentement, et dont elle ne pourra jouir peut-être jamais, l'usufruitier pouvant vivre plus longtemps qu'elle.

Observez que la femme doit avoir en ce cas le choix, ou d'avoir le douaire subsidiaire, ou d'attendre l'extinction de l'usufruit dont l'héritage est chargé, pour, après ladite extinction, jouir dudit héritage pour la part que le douaire ordinaire lui donne : mais lorsqu'elle opte le subsidiaire, elle doit renoncer entièrement à tout droit de douaire sur l'héritage; car on ne peut avoir tout à la fois douaire ordinaire et douaire subsidiaire.

Le douaire subsidiaire n'étant fondé en ce cas que sur le retard que l'usufruit dont l'héritage sujet au douaire est chargé envers un tiers, apporte à la jouissance du douaire de la femme, je croirais qu'il devrait être permis en ce cas à l'héritier d'exclure ce douaire subsidiaire, en rachetant l'usufruit, si le tiers envers qui il en est chargé voulait bien en consentir le rachat; ou, si le tiers ne le voulait pas, en offrant à la douairière de lui payer, jusqu'à l'extinction de cet usufruit, une rente équivalente à la moitié du revenu de l'héritage qui lui appartient pour son douaire, et de lui donner bonne et suffisante caution pour le paiement. La femme étant, par le rachat de l'usufruit, ou par ces offres, mise en jouissance du douaire ordinaire, il ne doit plus y avoir lieu au subsidiaire.

108. Lorsqu'au temps de l'ouverture du douaire il ne se trouve rien de sujet au douaire ordinaire qu'un immeuble de nulle considération, *putà*, une

rente de vingt sous ou d'un écu, la femme est censée être sans douaire ordinaire, et elle doit en conséquence avoir le douaire subsidiaire; car dans les choses morales, telles que sont celles qui font l'objet de la jurisprudence, peu est réputé pour rien : *Parùm pro nihilo reputatur.*

Cette décision est conforme à celle de Dumoulin, en sa note sur l'art. 51 de la coutume d'Angoumois, qui porte « qu'on peut donner tous ses meubles et acquêts, pourvu que le donnant ait patrimoine.» Sur quoi Dumoulin dit : *Scilicet notabile; non enim intelligitur de vili cespite terræ; verba cum effectu notabile accipienda.*— On opposera peut-être que, nonobstant cette note de Dumoulin, dans les coutumes de subrogation, le sentiment commun est que le moindre propre, quelque peu considérable qu'il soit, peut empêcher la légitime des collatéraux dans les acquêts, à défaut de propres. La réponse est, qu'on n'en peut rien conclure à l'égard du douaire subsidiaire de la coutume d'Orléans, y ayant une raison qui est particulière au douaire, pour décider que dans l'art. 221 de cette coutume, ces termes, *si le mari n'a aucuns propres,* doivent s'entendre, *cum effectu notabili,* et comprendre le cas auquel le mari aurait un petit propre qui ne serait d'aucune considération. Cette raison est que le douaire, par sa nature, est accordé pour les aliments de la veuve. L'esprit de la coutume, dans cet article, est qu'une veuve trouve dans les biens de son mari un douaire pour subvenir à ses aliments, et que, lorsqu'elle n'en trouve pas suffisamment dans ses propres, le mari n'en ayant point, elle en trouve dans ses autres biens; or, lorsque le mari a un propre, mais qui n'est d'aucune considération, la veuve ne trouve pas plus de quoi pourvoir à ses aliments dans les biens propres de son mari, que s'il n'en avait aucun : donc elle doit avoir le douaire subsidiaire dans les autres biens de son mari, de même que si son mari n'avait absolument aucuns propres.

109. Il reste une question, qui est de savoir si, pour exclure le douaire subsidiaire que la coutume d'Orléans accorde, il suffit qu'il se trouve dans la succession du mari des héritages propres situés sous diverses coutumes, sur lesquels la femme a le douaire ordinaire, quoiqu'il n'y en ait aucun parmi les biens régis par la coutume d'Orléans.

On peut dire pour raison de douter, en faveur de la femme, que les lois coutumières de nos différentes provinces sont indépendantes les unes des autres. Lorsqu'un homme laisse, en mourant, des biens en différentes provinces, la loi coutumière de chacune de ces provinces défère la succession des biens situés dans son territoire, indépendamment des lois coutumières des autres provinces, qui défèrent pareillement chacune la succession des autres biens du défunt situés dans le leur. C'est pourquoi, lorsqu'un homme laisse dans sa succession des biens féodaux dans différentes coutumes, lesquelles accordent chacune un manoir au fils aîné, chacune de ces coutumes lui défère ce manoir, indépendamment des manoirs que lui défèrent les autres coutumes, et il a droit d'en avoir un dans chacune desdites coutumes. Pareillement, la coutume d'Orléans, déférant à la veuve un douaire dans les conquêts, à défaut de propres, et le déférant indépendamment de celui que défèrent les autres coutumes, il suffit qu'il n'y ait aucuns propres sous la coutume d'Orléans, pour que la femme ait son douaire sur les conquêts situés sous ladite coutume, quoique le mari n'ait aucuns propres sous la coutume, lorsqu'il en a sous d'autres coutumes.

Si un aîné prend un manoir dans chacune des coutumes qui en défèrent un à l'aîné, c'est que chacune des coutumes les lui défère absolument et sans aucune condition. Au contraire, la coutume d'Orléans n'accorde le douaire sur les conquêts que sous une condition, si *le mari n'a aucuns propres*, et si, en conséquence, la femme ne peut trouver dans les biens de son mari de quoi subvenir à ses aliments : mais il suffit que le mari laisse des propres sur lesquels la femme a un douaire, quoiqu'ils ne soient pas situés sous la coutume d'Orléans, pour qu'on ne puisse pas dire que le mari *n'a aucuns propres*, et

qu'elle ne trouve pas dans les biens de son mari de quoi subvenir à ses aliments sans le douaire subsidiaire. Il suffit donc que le mari ait des propres, quelque part qu'ils soient situés, pour que la condition sous laquelle la coutume d'Orléans accorde le douaire sur les conquêts, manque, et pour qu'en conséquence il n'y ait pas lieu à ce douaire.

On ne peut pas dire que la coutume d'Orléans sortirait des bornes de son territoire, en apposant pour condition à son douaire subsidiaire, que le mari n'ait aucuns propres, quoique situés sous d'autres coutumes; car en apposant cette condition, elle n'exerce aucun empire sur les propres qui sont situés hors de son territoire; ils ne sont pas l'objet de sa disposition, mais seulement de la condition qui est apposée.

Enfin c'est un principe, que le douaire se règle au temps des épousailles; qu'il est dès lors fixe et invariable. Un homme qui, lors de son mariage, avait des propres sur lesquels le douaire coutumier de sa femme a été établi, ne peut donc pas l'augmenter en faisant des acquisitions dans la coutume d'Orléans, où il n'a pas de propres. On peut encore autoriser notre décision par une sentence arbitrale rendue dans une espèce semblable, par MM. Barjeton, Lenormand, Cochin, Visnier et Perrinelle, pour les légataires universels de madame Dodun. Il y avait dans sa succession une terre située sous la coutume de Poitou, qui accorde à l'héritier une légitime sur les acquêts, à défaut de propres. Les propres qui se trouvaient dans la succession étaient situés sous la coutume de Paris; il n'y en avait aucun sous celle de Poitou. Les arbitres jugèrent qu'il n'y avait pas lieu à la réserve coutumière, et adjugèrent la terre en entier au légataire universel.

§ II. *Quels biens sont sujets au douaire subsidiaire, et pour quelle portion.*

110. La coutume d'Orléans, en l'art. 221, ci-dessus rapporté, dit : *La femme aura pour son douaire le quart des conquêts de la portion des héritiers du décédé, en usufruit.*

Ce terme de *conquêts* comprend les propres ameublis, aussi bien que les véritables conquêts.

111. La coutume donne en ces conquêts le quart en usufruit de la portion des héritiers du mari; ce qui fait un huitième au total.

La coutume suppose le cas d'acceptation de la communauté comme le plus ordinaire. Lorsque la femme renonce à la communauté, les conquêts en ce cas appartenant pour le total à la succession du mari, la femme doit avoir en ce cas pour son douaire l'usufruit du quart au total desdits conquêts.

112. Lorsque par le contrat de mariage il y a une clause d'exclusion de communauté, les héritages que le mari a acquis depuis le mariage sont-ils sujets au douaire subsidiaire?

La raison de douter est, que le terme de *conquêts* employé par la coutume, ne peut convenir à ces héritages, lesquels, au moyen de la clause d'exclusion de communauté, sont propres au mari, et dans lesquels la femme n'a aucune part. Néanmoins il faut décider qu'ils y sont compris. L'esprit de la coutume est qu'à défaut des héritages sur lesquels elle assigne le douaire ordinaire, les autres héritages qui se trouvent dans la succession du mari, y soient sujets. Elle n'a assigné le douaire ordinaire que sur les héritages que le mari avait au temps des épousailles, ou qui lui seraient venus depuis de ses ascendants; mais à leur défaut, elle a voulu que ceux que le mari n'aurait acquis que depuis le mariage, et qui ne sont par conséquent sujets au douaire ordinaire, fussent au moins sujets au douaire subsidiaire. Si pour les désigner elle s'est servie du terme de *conquêts*, c'est qu'elle a supposé comme le cas le plus ordinaire, celui auquel il y a une communauté établie entre le mari et la femme; auquel cas les héritages du mari qui ne sont acquis que depuis le mariage, sont *conquêts*. Mais ce terme de *conquêts*, dont la coutume s'est servie, ne doit pas se prendre *restrictivè*. La coutume, en se

servant de ce terme *conquêts*, n'a pas entendu que, pour que les héritages du mari, acquis depuis le mariage, fussent sujets au douaire subsidiaire, il fallait qu'ils eussent la qualité de *conquêts;* car bien loin que cette qualité soit une raison pour les assujettir plutôt que les autres héritages, ce serait plutôt une raison pour ne les y pas assujettir. La part que la femme a déjà à titre de commune dans ces héritages, serait plutôt une raison pour ne lui en pas accorder une autre à titre de douaire, qu'elle n'est la raison qui les y fait assujettir. Bien loin qu'on doive conclure du terme de *conquêts*, employé dans cet article, que les héritages du mari qui ne sont pas conquêts, ne sont pas sujets au douaire subsidiaire, on doit conclure au contraire que puisque la coutume a assujetti au douaire subsidiaire, même les conquêts, pour la portion qui en appartient aux héritiers du mari, quoique la femme ait déjà une part dans ces héritages à titre de commune, à plus forte raison elle y assujettit les autres héritages du mari, dans lesquels elle ne peut avoir de part qu'à ce titre de douaire.

113. Par la même raison on doit décider, dans le cas auquel il est intervenu une séparation de biens pendant le mariage, que les héritages acquis par le mari depuis la séparation, quoiqu'ils ne soient pas conquêts, sont sujets au douaire subsidiaire.

114. Que dirons-nous des héritages qui sont échus au mari par succession collatérale, pendant le mariage? Ces héritages, quoique propres, ne sont pas sujets au douaire ordinaire; sont-ils sujets au douaire subsidiaire?

La même raison de douter, tirée du terme de *conquêts* employé par la coutume, se rencontre ici en beaucoup plus forts termes que dans les deux espèces précédentes. Dans le cas de l'exclusion de communauté, on peut dire que si les héritages acquis par le mari pendant le mariage, ne sont pas conquêts, n'y ayant pas de communauté, ils doivent en tenir lieu par rapport au douaire subsidiaire; parce que ce sont les héritages qui seraient les conquêts, sans la clause d'exclusion de communauté, qui n'a été faite que pour priver la femme du droit de communauté, et non pour la priver de son douaire subsidiaire, qui lui est d'autant plus nécessaire, qu'elle est privée de son droit de communauté.

A l'égard du cas de la séparation, on peut dire aussi que si les héritages acquis par le mari depuis sa séparation, ne sont pas *conquêts*, n'y ayant plus de communauté, ils doivent encore, par rapport au douaire subsidiaire, être considérés comme tels; parce que la femme, qui aurait eu son douaire subsidiaire sur les héritages, s'il n'y avait pas eu de séparation, n'en doit pas être privée par la séparation; la séparation, qui arrive ordinairement par la faute du mari, ne devant pas profiter au mari, et priver la femme de son douaire subsidiaire.

Mais les héritages échus au mari pendant le mariage par une succession collatérale, sont de vrais propres, qui ne peuvent, en aucune manière que ce soit, être comparés aux conquêts. La raison de douter, tirée du terme de *conquêts* employé par la coutume, milite donc beaucoup plus. Néanmoins je pense que ces héritages doivent être sujets au douaire subsidiaire, de même que tous les autres héritages et immeubles du mari qui ne le sont pas au douaire ordinaire : la raison est, que le terme *conquêts* employé dans l'art. 221, ne doit pas être entendu *restrictivè*, comme nous l'avons établi ci-dessus.

On doit donc entendre ainsi cet article : *En traité de mariage auquel n'y a convention de douaire, et le mari n'a aucuns propres* (sujets au douaire ordinaire établi par l'art. 218), *la femme aura pour son douaire le quart* (des autres héritages et immeubles de la succession du mari, même) *des conquêts de la portion des héritiers du décédé en usufruit*, etc., à l'égard desquels conquêts il y avait une plus grande raison de douter s'ils seraient assujettis à ce douaire, parce que la femme y a déjà part à titre de communauté.

115. De tout ce que nous avons dit jusqu'à présent, il résulte trois différences entre le douaire ordinaire et le subsidiaire.

Première différence. — Le douaire ordinaire est de la moitié en usufruit des héritages qui y sont sujets; le douaire subsidiaire n'est que du quart en usufruit.

Seconde différence. — Les héritages que le mari avait au temps des épousailles, sont dès ce temps affectés au douaire ordinaire; ceux venus depuis le mariage au mari, de ses père, mère, ou autres ascendants, y sont affectés aussitôt qu'ils lui sont advenus : au contraire, les héritages sujets au douaire subsidiaire n'étant que ceux que le mari laisse dans sa succession, ils ne commencent à être sujets au douaire subsidiaire que lors de l'ouverture de la succession du mari.

Troisième différence.—Le douaire ordinaire charge la douairière de payer à la décharge des héritiers du mari, la moitié des arrérages des rentes dont le mari était débiteur au temps des épousailles, qui courront pendant le temps de la jouissance du douaire ;

Le douaire subsidiaire charge la douairière de payer, à la décharge du mari pendant ledit temps, le quart des arrérages de toutes les rentes dont il était débiteur au temps de sa mort.

Au reste, le douaire subsidiaire sur les immeubles convient avec le douaire ordinaire, en ce qu'il ne charge pas la douairière de contribuer en rien aux dettes mobilières.

§ III. *Du douaire subsidiaire sur les meubles.*

116. A défaut du douaire ordinaire, faute de biens qui y soient sujets et à défaut du douaire subsidiaire sur les autres immeubles du mari, lesquels sont compris sous le terme de *conquêts*, la coutume d'Orléans établit à la fin de l'article ci-dessus rapporté, un douaire subsidiaire sur les meubles ; il y est dit : *Et s'il n'y a conquêts, aura la quarte partie des meubles de la portion des héritages du trépassé, à perpétuité, les dettes déduites.*

Ces termes, *s'il n'y a conquêts*, doivent s'interpréter de la même manière que nous avons, au paragraphe précédent, interprété les termes de cet article, *s'il n'y a aucuns propres.*

C'est pourquoi il y a lieu à ce douaire subsidiaire, et le mari est censé n'avoir laissé aucuns conquêts, lorsqu'il n'en a laissé aucun qui soit régi par une coutume qui accorde un douaire subsidiaire sur les conquêts.

Pareillement le mari est censé n'avoir laissé aucuns conquêts, si ceux qu'il a laissés, ou n'ont aucun revenu; comme s'il n'a laissé qu'une rente dont le débiteur est insolvable; ou n'en ont qu'un de nulle considération, ou sont chargés d'un usufruit envers un tiers. La douairière peut donc, dans tous ces cas, demander le douaire subsidiaire sur les meubles, de la même manière et sous les mêmes limitations que nous avons vu au paragraphe premier, qu'elle pouvait, dans les même cas, demander le douaire subsidiaire sur les conquêts.

Mais si c'était envers la femme elle-même que la portion des héritiers du mari dans les conquêts fût chargée d'usufruit par la donation qu'il lui en aurait faite, il n'y aurait pas lieu en ce cas au douaire subsidiaire sur les meubles; car on ne doit pas dire en ce cas qu'il n'y a pas de conquêts, mais plutôt que la femme confond sur elle-même le douaire que la coutume lui donne sur le quart des conquêts de la portion du mari décédé, son mari n'ayant pu lui donner sa portion de conquêts, ni en propriété ni en usufruit, que sous cette charge.

117. La coutume dit, *aura la quarte partie des meubles.* Par ce terme *meubles*, elle entend généralement tous les biens meubles de la succession du mari, soit incorporels, tant ceux qui dépendent de la communauté, que ceux qui ont été stipulés propres.

118. La coutume dit *à perpétuité;* c'est-à-dire qu'elle donne en propriété cette portion des meubles à la douairière, quoique le douaire soit par sa nature viager. Cela paraît venir du peu de cas que nos ancêtres faisaient autrefois des meubles.

119. Enfin la coutume dit, *toutes dettes déduites.* La coutume n'accorde à la femme ce douaire subsidiaire que sur ce qui reste après toutes les dettes acquittées : s'il ne reste rien, la femme n'aura pas de douaire.

Ces termes *toutes dettes déduites*, comprennent généralement toutes les dettes, de quelque nature qu'elles soient, les rentes comme les dettes mobilières : ils comprennent aussi les frais funéraires, les frais d'inventaire et de vente.

A l'égard des legs, sans en excepter ceux qu'on appelle *legs pieux*, la douairière n'en est aucunement tenue; ils doivent être acquittés entièrement sur les trois quarts qui appartiennent aux héritiers du mari dans le restant des meubles.

§ IV. *Du douaire subsidiaire qu'accordent quelques autres coutumes.*

120. La coutume de Tremblevif, locale de Blois, a une disposition pour le douaire subsidiaire, à défaut de propres, qui est entièrement semblable à celle d'Orléans; sauf qu'elle n'accorde ce douaire subsidiaire qu'entre roturiers.

121. La coutume de Bourbonnais accorde aussi aux femmes un douaire subsidiaire, à défaut du douaire ordinaire; car, à défaut d'héritages propres sur lesquels elle assigne le douaire ordinaire, elle accorde à la femme, en l'article 256, pour douaire subsidiaire, la moitié en usufruit de la portion des biens du mari, tant meubles que conquêts, *deducto ære alieno*, c'est-à-dire à la charge de prélever auparavant les dettes.

122. La coutume de Dunois, à défaut d'héritages, accorde aux femmes pour douaire la somme de soixante sous une fois payée.

SECT. II. — En quoi consiste le douaire préfix ou conventionnel.

Nous verrons, dans un premier article, quelles sont les choses dans lesquelles les parties, par leur contrat de mariage, peuvent faire consister le douaire conventionnel; quel droit elles sont présumées avoir voulu accorder à la douairière dans lesdites choses, lorsqu'elles ne s'en sont pas expliquées.—Dans un second article, nous traiterons la question, si le douaire conventionnel peut excéder la valeur du coutumier.—Nous traiterons, dans un troisième article, s'il prive la femme du choix du coutumier.

Art. Ier.— Quelles sont les choses dans lesquelles les parties peuvent faire consister le douaire conventionnel; et quel droit sont-elles censées avoir voulu accorder à la douairière dans lesdites choses, lorsqu'elles ne s'en sont pas expliquées.

123. Les parties peuvent faire consister, par leur contrat de mariage, le douaire en telles choses qu'elles jugent à propos de le faire consister. On peut le faire consister dans une certaine quotité. Par exemple, on peut convenir que la femme jouira pour son douaire, du tiers, du quart des biens de son mari, ou de telle autre portion que les parties auront jugé à propos de fixer. On peut donner à la douairière cette portion, ou dans tous les biens du mari, ou dans une certaine espèce de biens, *putà*, dans ses biens immeubles : on peut le lui donner dans ceux qu'il laissera à sa mort, ou seulement dans ceux qu'il se trouve avoir au temps des épousailles.

On peut faire consister le douaire dans un corps certain, comme lorsqu'il est dit « que la femme aura pour son douaire la jouissance d'une *telle* terre. »

On peut le faire consister dans une rente; ou peut le faire consister dans une somme une fois payée.

Quoique le douaire conventionnel consiste ordinairement en quelque chose de viager, on peut convenir que la femme aura à perpétuité, et en pleine propriété, les choses qu'on lui donne pour son douaire [1].

124. Observez néanmoins que le douaire étant, par sa nature, viager, puisqu'il est établi pour servir de subsistance à la personne de la femme, le douaire conventionnel est présumé viager : à moins que, par le contrat de mariage, il ne soit dit en termes formels, « que la femme aurait en propriété les choses qui lui sont données pour son douaire. »

C'est pourquoi, au lieu que, selon l'usage ordinaire du langage dans les contrats et dans les testaments, lorsqu'on s'est obligé de donner une chose, ou lorsqu'on a légué une chose, sans expliquer si c'était en propriété ou en usufruit, on est présumé s'être obligé de la donner en propriété, ou l'avoir léguée en propriété; au contraire, dans la convention de douaire, lorsqu'il est dit « que la femme aura pour son douaire une certaine portion de biens, ou qu'elle aura pour son douaire une *telle* terre,» cela ne s'entend que de l'usufruit de cette portion de biens, cela ne s'entend que de l'usufruit de cette terre. Pareillement, lorsqu'il est dit « que le douaire de la femme sera de *tant* de rente par chacun an, » cela s'entend d'une rente viagère; et lorsqu'il est dit « que la femme aura pour son douaire une certaine somme, » cela ne s'entend que de l'usufruit de cette somme.

C'est ce qui a été jugé par un arrêt (du 20 février 1680) rapporté au 3e tome du *Journal des Audiences* (liv. 6, ch. 6). Dans l'espèce de cet arrêt, il était dit que le douaire de la femme « serait d'une telle somme *une fois payée :* » l'arrêt jugea que la femme n'aurait pour son douaire que l'usufruit de cette somme, conformément à la nature du douaire, qui n'est que viager; que les parties n'avaient pas assez suffisamment exprimé par ces termes, *une fois payée*, que la femme dût avoir cette somme en propriété, ces termes signifiant seulement que ce n'était pas cette somme par chacun an, mais cette somme une fois payée seulement, qui lui était donnée pour son douaire [2].

125. Quelques coutumes se sont écartées de ce principe dans le cas auquel

---

[1] L'art. 1091 du Code laisse aux futurs époux une grande latitude à cet égard : « Les époux pourront par con« trat de mariage, se faire récipro« quement, ou l'un des deux à l'autre, « telle donation qu'ils jugeront à pro« pos, sous les modifications ci-après « exprimées (art. 1092 à 1100). »

Ainsi que ce soit à titre de douaire, ou de donation, que la libéralité soit en pleine propriété ou en usufruit, qu'elle soit actuelle ou de biens à venir, ou sous des conditions dépendantes dans leur exécution de la volonté du donateur, peu importe, elles sont permises sous les modifications de la loi et dans les limites de la quotité disponible, et d'une manière uniforme pour toute l'étendue de la France.

[2] Nous admettons volontiers, que par souvenir de l'ancien droit, et de la nature de l'ancien douaire, on devrait encore interpréter aujourd'hui une libéralité laissée par le mari à sa femme *à titre de douaire*, plutôt dans le sens d'un usufruit que dans celui d'une pleine propriété, car ce n'est qu'une question d'interprétation de volonté, et la valeur de l'objet de la libéralité, devrait être prise en grande considération : mais nous déciderions sans hésiter que si la libéralité, pour douaire, était d'une somme fixe, *une fois payée*, il faudrait l'entendre de la propriété même de cette somme et non pas seulement de la jouissance.

le douaire était réglé par le contrat de mariage à une certaine somme d'argent, ou à quelque autre chose mobilière; comme lorsqu'il est dit « que la femme aura pour douaire la somme de *tant*, ou le vin qui sera récolté dans mes vignes à la première récolte qui suivra mon décès; » et elles ont décidé que dans ce cas la somme d'argent ou la somme mobilière était censée donnée en propriété, et non pas seulement en usufruit.

De ce nombre est la coutume d'Auxerre, qui dit en l'article 218 : « Femme « douée par douaire préfix de somme de deniers ou autre chose mobilière « pour une fois payée, emporte ledit douaire en pleine propriété. »—Celle de Sens, article 168, dit pareillement : « Femme douée par douaire préfix de « somme de deniers ou autre chose mobilière, l'emporte en pleine propriété. »

126. Le douaire d'une somme d'argent étant présumé être en propriété dans ces coutumes, étant censé n'être qu'en usufruit dans celles qui n'ont pas une pareille disposition, par quelle coutume doit-on décider la question ? Est-ce par celle du lieu où le contrat a été passé? Est-ce plutôt par celle du lieu du domicile qu'avaient les parties contractantes lors du contrat de mariage?

Je pense que c'est plutôt par celle-ci. La loi du lieu où un acte est passé ne règle que la forme extérieure de l'acte [1]; la loi du domicile des parties contractantes étant celle qui régit les personnes, doit aussi régir la nature et l'étendue des obligations personnelles qu'elles contractent. C'est ce que nous avons établi dans notre *Traité du Contrat de communauté*.

La question ne doit pas souffrir de difficulté, lorsque les parties contractantes sont domiciliées sous la même coutume; mais si, lors du contrat de mariage, l'une des parties était domiciliée sous une coutume dans laquelle le douaire d'une somme d'argent est réputé être de la propriété de cette somme, et que l'autre eût alors son domicile sous une coutume dans laquelle ce douaire n'est réputé être qu'en usufruit, par laquelle doit-on décider?

Je crois que c'est par la loi du domicile du mari, lorsqu'il se propose de conserver ce domicile, et d'y amener sa femme après la célébration; car ce domicile, qui va devenir aussi celui de la femme aussitôt après la célébration du mariage, est le vrai *domicile matrimonial*, dont la loi doit régler la nature et l'étendue des conventions matrimoniales, comme nous l'avons décidé en notre *Traité de la Communauté*, n° 14. C'est donc par cette loi qu'on doit décider si le douaire d'une somme d'argent stipulé par le contrat de mariage, doit être réputé en propriété, ou seulement en usufruit.

On cite néanmoins un arrêt contraire, du 18 mai 1629, rapporté au premier tome du *Journal des Audiences* (liv. 2, ch. 46), dans l'espèce duquel un homme de Montargis s'étant marié à une femme de Sens, où le contrat s'était passé, le douaire d'une somme d'argent fut jugé devoir être en propriété, conformément à la coutume de Sens. Mais je pense, nonobstant cet arrêt, qu'on doit s'en tenir aux principes que nous venons d'établir.

Lorsque par le contrat de mariage il y a une clause par laquelle les parties se sont soumises à une certaine coutume pour leurs conventions matrimoniales, il n'est pas douteux en ce cas que la question doit se décider par la coutume à laquelle les parties se sont soumises [2].

---

[1] Pothier va trop loin: sans doute la loi du lieu règle la forme extérieure de l'acte, mais elle ne se borne pas à cela seulement: il faut aussi souvent l'invoquer pour déterminer l'étendue de l'engagement et le mode d'exécution : c'est ce que nous apprend l'art. 1159 qui est extrait littéralement du traité des obligations de notre auteur. Art. 1159 : « Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans « le pays où le contrat est passé. »

La loi du domicile des parties exerce surtout son empire sous le rapport de la capacité.

[2] L'uniformité de législation empêche de pareilles questions de s'élever aujourd'hui.

ART. II. — Si le douaire préfix peut excéder le coutumier [1].

127. Il y a variété sur cette question. Les coutumes de Paris, d'Orléans, et la plupart des coutumes n'ayant pas limité la quantité du douaire conventionnel, il peut, dans ces coutumes, excéder celle du douaire coutumier ; et quoiqu'il l'excède, il n'est considéré que comme une simple convention de douaire, qui n'est point par conséquent sujette à l'insinuation, comme nous l'avons déjà vu *suprà*.

Il y a quelques autres coutumes qui ne permettent pas de convenir d'un douaire qui soit plus fort que le douaire coutumier. Telles sont les coutumes de Normandie, de Tours, du Maine, de Poitou, etc.

Dans ces coutumes le douaire conventionnel peut être moindre que le douaire coutumier, ou tout au plus d'égale valeur. Lorsque l'héritier du mari le trouve plus fort, il peut se défendre de la demande qui lui en est faite, en offrant à la veuve le douaire coutumier.

128. Dans cette variété de coutumes, par quelle coutume doit-on décider si le douaire conventionnel qui se trouve plus fort que le coutumier, doit être réduit, ou non, au coutumier ? Est-ce par celle du domicile du mari au temps du contrat de mariage ? Est-ce par celle du lieu où le contrat de mariage a été passé ? Est-ce par celle du lieu où sont situés les héritages dans lesquels on a constitué le douaire ?

La décision de la question dépend de la qualité du statut qui réduit le douaire conventionnel à la valeur du coutumier. Il ne peut être douteux que ce statut est un statut réel, puisqu'il a pour objet des choses dont il restreint la disposition ; or il est de la nature des statuts réels, qu'ils ne peuvent exercer leur empire que sur les choses qui y sont sujettes ; et qu'ils l'exercent sur lesdites choses à l'égard de toutes les personnes à qui elles appartiennent, quand même lesdites personnes ne seraient pas soumises à ces coutumes : d'où il est facile de conclure que c'est par la coutume du lieu où sont situés les héritages dans lesquels on a constitué le douaire, qu'on doit décider s'il est réductible, ou non, à la valeur du coutumier.

Suivant ces principes, si un homme domicilié sous la coutume de Normandie, qui réduit le douaire conventionnel au tiers coutumier, et qui a des héritages situés sous la coutume de Paris, qui ne restreint point le douaire conventionnel, a donné par contrat de mariage en douaire la moitié en propriété de tous les biens immeubles qu'il avait lorsqu'il s'est marié, la veuve de ce Normand sera bien fondée à prétendre, conformément à la convention du douaire, la moitié en propriété de tous les héritages situés sous la coutume de Paris, que ce Normand avait lorsqu'il s'est marié, sans que le statut de la coutume de Normandie qui réduit le douaire conventionnel à la valeur du coutumier, y puisse mettre obstacle : car, comme nous l'avons dit, ce statut ne peut exercer son empire que sur les biens de cette coutume ; il ne peut l'exercer sur des héritages situés en d'autres provinces, sur lesquels il n'a aucun empire.

Lorsque c'est un Parisien qui a constitué un pareil douaire, et qu'il a des héritages situés sous la coutume de Normandie, le douaire souffrira réduction à l'égard des héritages qui y sont situés, et la veuve ne pourra prétendre dans lesdits héritages que le tiers en usufruit, que la coutume de Normandie accorde pour le douaire des femmes : car, quoique l'homme ne fût pas sujet à cette coutume, il suffit que ces héritages qui sont situés sous cette coutume, y soient sujets ; étant de la nature des statuts réels, comme nous l'avons dit, qu'ils exercent leur empire sur toutes les choses qui y sont sujettes, quoique les

[1] Puisque nous n'avons plus de douaire légal, il est évident que les questions agitées dans cet article ne peuvent se présenter aujourd'hui.

personnes à qui elles appartiennent, n'y soient pas sujettes par elles-mêmes.

C'est ce qui a été jugé par plusieurs arrêts; un du 30 décembre 1693, rapporté au premier tome des mémoires de M. Froland (concernant les *statuts*, 2e part., ch. 9, nº 7); un du 23 janvier 1703 (Froland, *ibid.*), et au 5e tome du *Journal des Audiences* (liv. 3, ch. 1er).

129. Que doit-on décider à l'égard des choses qui n'ont pas de situation, telles que sont tous les meubles, tant corporels qu'incorporels, et les rentes constituées, sauf celles dues par le roi, qui sont censées avoir une situation au lieu où est établi le bureau de paiement?

Les choses qui n'ont point de situation, suivent les personnes à qui elles appartiennent, et sont régies par la coutume du lieu de leur domicile. C'est pourquoi lorsqu'un douaire conventionnel a été constitué en biens de cette espèce, il n'est réductible à la valeur du douaire coutumier que lorsque la coutume du lieu du domicile de l'homme en a une disposition.

130. Lorsque l'homme, depuis son mariage, a changé de domicile, est-ce la loi du lieu du domicile qu'il avait lors du mariage, ou celle du lieu de celui qu'il avait lors de sa mort, qui doit être considérée ?

Je pense qu'on doit distinguer si le douaire conventionnel a été constitué en biens qu'il avait déjà lorsqu'il s'est marié, ou s'il a été constitué en biens qu'il laisserait lors de son décès.

Dans le premier cas, je pense que c'est la coutume du lieu du domicile que l'homme avait lorsqu'il s'est marié, qui doit seule être considérée. Par exemple, si un homme qui était domicilié sous la coutume du Maine au temps de son contrat de mariage, et dont le bien consistait en rentes constituées, a donné à sa femme pour douaire conventionnel la moitié en propriété de toutes les rentes qui lui appartenaient; quoique cet homme ait, depuis son mariage, transféré son domicile sous une coutume qui ne restreint pas le douaire conventionnel, et que ses rentes ne soient plus régies par la coutume du Maine, néanmoins le douaire conventionnel de la moitié en propriété de ses rentes sera réduit, conformément à la coutume du Maine, au tiers en usufruit desdites rentes : car ces rentes ayant été sujettes à la coutume du Maine, au temps du contrat de mariage, il n'a pu alors valablement constituer le douaire porté par son contrat de mariage, dans lesdites rentes, que jusqu'à concurrence du douaire coutumier de la coutume du Maine, c'est-à-dire, du tiers en usufruit. Le douaire conventionnel n'ayant été constitué valablement que jusqu'à cette concurrence, le mari n'a pas pu par son fait, en changeant de domicile, l'augmenter.

Vice versâ, lorsqu'un pareil douaire conventionnel a été constitué par un homme qui, au temps de son contrat de mariage, était domicilié sous une coutume qui ne restreint pas le douaire conventionnel; quoique cet homme ait transféré, depuis son mariage, son domicile sous la coutume du Maine, ce douaire ne souffrira aucune réduction : car ayant été une fois valablement constitué, le mari ne peut par son fait, en changeant de domicile, y donner atteinte.

131. Il n'en est pas de même lorsque le douaire conventionnel a été constitué en biens que l'homme laisserait lors de son décès; comme, par exemple, s'il est porté par le contrat de mariage, « que le douaire de la femme sera de la moitié de tous les biens meubles et immeubles que l'homme laissera lors de son décès : dans ce cas, les biens meubles et les rentes que le mari a laissés à son décès, » ne commencent qu'au temps de son décès à former le douaire, n'ayant pas pu le former plus tôt, puisqu'à ce temps il a été incertain quelles seraient les choses que le mari laisserait à son décès, et dans lesquelles a été constitué le douaire; ce ne peut être que la loi par laquelle ces choses sont régies au temps du décès du mari, qui est celle sous laquelle il était alors domicilié, qui puisse régler si ces choses doivent être sujettes au douaire sans restriction, conformément à la convention, ou si elles ne doivent l'être que jusqu'à concurrence de la valeur du douaire coutumier.

C'est pourquoi lorsqu'un douaire est de la moitié en propriété des biens mobiliers et des rentes que le mari laisserait à son décès; quoique le mari fût, lors du contrat de mariage, domicilié sous la coutume du Maine, s'il a transféré son domicile à Orléans, où il est mort, le douaire de ces choses ne sera pas réduit à la valeur du douaire coutumier, suivant la coutume du Maine, qui ne peut exercer aucun empire sur ces choses, lesquelles, ou n'y ont jamais été sujettes, si elles n'ont été acquises que depuis la translation de domicile, ou du moins ont cessé d'y être sujettes avant qu'elles fussent entrées dans la formation du douaire.

Vice versâ, quoique l'homme qui aurait constitué un pareil douaire, eût alors son domicile à Orléans; s'il l'a transféré sous la coutume du Maine, et qu'il y soit mort, le douaire sera réductible à la valeur du douaire coutumier : car les choses dont il est formé, se trouvent, au temps de la mort du mari, qui est le temps auquel elles commencent à le former, être régies par la coutume du Maine, qui ordonne cette réduction.

En vain opposerait-on que le mari n'a pu par son fait, en changeant de domicile, donner atteinte au douaire, qui, sans ce changement de domicile, n'aurait souffert aucune réduction.

La réponse est, que le mari ne peut, par son changement de domicile, soustraire au douaire aucune des choses qui le forment déjà, ou qui y sont déjà affectées ou hypothéquées. Par exemple, lorsqu'un Orléanais, par son contrat de mariage, a constitué le douaire dans la moitié des rentes qui lui appartenaient alors, il ne peut, en transférant son domicile dans la coutume du Maine, rien soustraire au douaire, de la moitié de ces rentes, qui y sont déjà affectées, et qui entrent même déjà, pour cette moité, dans la formation et composition du douaire. Mais lorsque le douaire consiste dans la moitié des rentes que le mari laissera lors de son décès, on ne peut pas dire qu'en faisant passer ses rentes sous la coutume du Maine, où il a transféré son domicile, il ait rien soustrait au douaire de ce qui y était affecté, et de ce qui le composait : car les rentes qu'il a fait passer sous la coutume du Maine, n'étaient pas affectées au douaire lorsqu'il y a transféré son domicile; les choses qui doivent former un tel douaire, ne pouvant commencer à le former et y être affectées qu'au temps du décès du mari.

132. Lorsqu'un noble d'Issoudun, qui a, sous la coutume d'Issoudun, des héritages considérables, et, sous celle de Tours, une petite terre bien jolie, mais d'un revenu modique, a donné pour douaire conventionnel à sa femme l'usufruit de cette petite terre, ignorant la disposition de la coutume de Tours, qui ne permet pas que le douaire conventionnel excède le coutumier; ce douaire étant réduit au tiers, la douairière peut-elle demander récompense sur les biens d'Issoudun, du retranchement qu'elle souffre, sous le prétexte que la coutume d'Issoudun, qui n'accorde aucun douaire coutumier, permet d'accorder un douaire conventionnel aussi considérable que l'on juge à propos?

Je ne pense pas qu'elle y soit fondée. Son mari pouvait à la vérité lui constituer dans ses héritages d'Issoudun un douaire aussi considérable, et même beaucoup plus considérable que celui qu'il lui a constitué, et dans lequel elle a souffert un retranchement par la coutume de Tours : il l'eût peut-être fait, s'il n'eût pas ignoré la disposition de cette coutume : mais il suffit qu'il ne l'ait pas fait, pour que la femme ne puisse le prétendre. Le mari n'a pas fait ce qu'il pouvait faire, et il a fait ce qu'il ne pouvait pas faire : *Non fecit quod potuit, fecit quod non potuit.*

133. Lorsque le douaire conventionnel qu'un homme a constitué à sa femme, consiste dans une grosse rente viagère, ou dans une somme d'argent en propriété, et qu'il excède la valeur du douaire coutumier accordé par les coutumes où sont les biens de cet homme; quoique cet homme fût domicilié sous une coutume qui restreint le douaire conventionnel à la valeur du coutu-

mier; s'il a des héritages situés sous une autre coutume qui n'apporte aucune restriction au douaire conventionnel, la douairière pourra se faire payer en entier de son douaire sur lesdits héritages, quoiqu'il excède le coutumier.

C'est une suite du principe que nous avons établi ci-dessus, que le statut qui restreint le douaire conventionnel à la valeur du douaire coutumier, est un statut réel. Ces statuts tombent sur les choses plutôt que sur les personnes: La coutume qui renferme un statut, ne défend d'accorder un douaire au delà de la valeur du douaire coutumier, qu'à l'égard des choses soumises à son empire. Elle empêche que les choses ne soient disponibles à titre de douaire au delà de la valeur du douaire coutumier; mais elle ne rend pas les personnes soumises à son empire, incapables de disposer à ce titre, sans restriction, des héritages qu'elles ont dans d'autres provinces, sur lesquels elle n'a aucun empire. C'est pourquoi, quelque considérable que soit la rente ou la somme d'argent qu'un Manceau, qui a des héritages situés sous la coutume d'Orléans, a constituée pour le douaire de sa femme, l'héritier de ce Manceau ne pourra se dispenser de payer ce douaire qu'en abandonnant à la femme la propriété de tous les héritages dépendants de la succession, qui sont situés sous la coutume d'Orléans, et en lui laissant le douaire coutumier sur ceux régis par la coutume du Maine.

La douairière, outre les charges du douaire coutumier qu'elle a dans les biens du Maine, doit encore, au moyen de l'abandon qui lui est fait de tous les héritages situés sous la coutume d'Orléans, être tenue des dettes hypothécaires antérieures au mariage, pour la part qu'en doivent porter lesdits héritages qu'on lui abandonne; mais elle n'est aucunement tenue de celles postérieures au mariage, le mari n'ayant pu par son fait, en contractant des dettes postérieures au mariage, donner atteinte au douaire.

Vice versâ, lorsqu'un homme domicilié sous la coutume d'Orléans, qui a des héritages situés sous la coutume du Maine, se marie, il ne peut pas, en fraude de la coutume du Maine, qui ne lui permet pas de disposer, à titre de douaire, desdits héritages au delà de la valeur du douaire coutumier, constituer à sa femme, pour douaire, une rente ou une somme d'argent trop considérable, qui absorberait la valeur desdits héritages. C'est pourquoi l'héritier peut se dispenser de payer à la douairière cette somme ou cette rente, en abandonnant à la douairière la propriété de tous les biens de sa succession régis par la coutume d'Orléans, en lui laissant le douaire coutumier sur les héritages régis par celle du Maine.

Parmi les biens régis par la coutume d'Orléans, que l'héritier doit en ce cas abandonner à la douairière, on doit comprendre tous ceux qui n'ont point de situation, tels que sont tous les biens mobiliers, et les rentes sur particuliers; ces choses qui n'ont point de situation, étant, comme nous l'avons déjà observé ailleurs, régies par la coutume du lieu du domicile de la personne à qui elles appartiennent.

Observez que si l'Orléanais qui a constitué ce douaire, a transféré son domicile sous la coutume du Maine; quoique, par cette translation de domicile, les rentes qui lui appartenaient, deviennent soumises à la coutume du Maine, néanmoins toutes les rentes qui lui appartenaient avant cette translation de domicile, doivent être comprises dans l'abandon que l'héritier doit faire à la douairière; car ayant été une fois affectées et hypothéquées au douaire, il n'a pu par son fait, en changeant de domicile, éteindre cette hypothèque.

124. Dans les coutumes qui ne permettent pas que le douaire conventionnel excède le coutumier, c'est une question, si la femme ne peut avoir aucun douaire conventionnel, lorsqu'il n'y a aucun douaire coutumier; ne se trouvant dans les biens du mari aucuns de ceux dans lesquels la coutume accorde un douaire ?

On dit, contre la femme, la coutume ayant réduit le douaire conventionnel à la valeur du douaire coutumier; c'est une conséquence que, dans les

cas auxquels la coutume n'a accordé aucun douaire coutumier, le douaire coutumier, en ce cas, étant *rien*, le conventionnel doit être pareillement réduit à rien, et que la femme ne peut rien prétendre à ce titre.

Au contraire, on dit en faveur de la veuve, que la disposition de ces coutumes, qui ne permettent pas que le douaire conventionnel excède la valeur du douaire coutumier, supposent le cas auquel il y a un douaire coutumier, et ne peut avoir lieu que dans ce cas : car on ne peut pas dire que le douaire conventionnel excède le douaire coutumier, lorsqu'il n'y a aucun douaire coutumier; le néant ne pouvant pas être un terme de comparaison, ni être susceptible *de plus* ou *de moins*. Bien loin donc qu'on doive décider dans ces coutumes, que, lorsqu'il n'y a aucun douaire coutumier, il ne peut y avoir de douaire conventionnel, on doit au contraire décider que dans ce cas le douaire conventionnel n'est sujet à aucune réduction, n'y ayant aucun douaire coutumier à la valeur duquel il puisse être réduit.

L'esprit de cette coutume n'est pas que le mari ne puisse accorder à sa femme aucun douaire, mais qu'il n'en accorde pas un excessif. C'est par la valeur du douaire coutumier qu'elles décident si le conventionnel est excessif. Le défaut du douaire coutumier n'empêche donc pas que le mari n'ait pu accorder un douaire conventionnel; il empêche plutôt que celui qu'il a accordé, ne puisse être jugé excessif, faute de ce qui devait servir de mesure pour juger de son excès.

La coutume d'Auxerre s'est expliquée pour ce sentiment, sur la question. Elle est du nombre de celles qui ne permettent pas que le douaire conventionnel excède le douaire coutumier; mais, à défaut de celui-ci, elle déclare le conventionnel non sujet à réduction. Voici comme elle s'explique, art. 212 : « Douaire préfix constitué par le mari ayant héritage propre, ne peut excéder « le coutumier.... et *si le mari* n'a héritage [1], le préfix aura lieu, de quelque « valeur qu'il soit. »

Cette disposition de la coutume d'Auxerre doit-elle être suivie dans les coutumes qui décident que le douaire conventionnel ne doit pas excéder le douaire coutumier, sans s'être expliquées sur le cas auquel il n'y a aucun douaire coutumier ?

Je le pense, par les raisons qui ont été exposées ci-dessus. Sauf néanmoins qu'à défaut de douaire coutumier, le douaire préfix ne pût excéder ce qu'il est permis au mari de donner à sa femme par contrat de mariage. Par exemple, lorsqu'un homme domicilié sous la coutume de Tours, qui est une de celles qui ne permettent pas que le douaire conventionnel excède le coutumier, a tout son bien en mobilier; la femme ne pouvant pas en ce cas avoir un douaire coutumier, cette coutume ne l'accordant que dans les immeubles du mari, le mari pourra lui accorder un douaire conventionnel; mais ce douaire ne pourra excéder la moitié des meubles du mari : autrement, la disposition de l'article 227 de cette coutume, qui ne permet pas à un homme qui n'a que des meubles, d'en donner plus de la moitié, deviendrait illusoire, s'il pouvait donner à titre de douaire ce que la coutume lui défend de donner.

135. Si, dans la coutume d'Auxerre, le mari avait un propre, mais qui ne fût de nulle considération; comme si ce propre était une rente de vingt sous; le conventionnel serait-il réductible à la valeur du douaire coutumier sur cette rente de vingt sous, c'est-à dire à dix sous de rente ?

Je crois que, dans ce cas, le douaire conventionnel ne doit pas plus être sujet à réduction, que si le mari n'avait aucun propre, et qu'il n'y eût point en tout de douaire coutumier; car dans les choses morales, *parùm pro nihilo reputatur;* et c'est la même chose, que le mari n'ait aucun propre, ou que ce qu'il a de propre, ne soit d'aucune considération.

---

[1] Auquel cas il n'y a pas de douaire coutumier, qui n'est accordé que sur les propres de communauté. (*Note de l'édition de* 1770.)

136. Lorsque, dans ces coutumes, le mari n'a qu'un héritage propre, qui est chargé d'usufruit envers un tiers, il y a en ce cas un douaire coutumier; et s'il n'y avait pas de douaire conventionnel, la veuve aurait droit de jouir d'une portion du revenu de cet héritage après l'extinction de l'usufruit dont il est chargé. Cela suffit pour que le douaire conventionnel soit en ce cas réductible à la valeur de ce douaire coutumier, c'est-à-dire à la valeur de la portion que la coutume assigne pour le douaire dans le revenu de cet héritage.

137. Les coutumes qui réduisent le douaire conventionnel à la valeur du douaire coutumier, ayant pour objet les biens du mari, dont ils ne lui permettent pas de disposer envers sa femme, à titre de douaire, au delà de la valeur du douaire coutumier, c'est une conséquence qu'il n'y a lieu à cette réduction que lorsque c'est le mari qui constitue lui-même le douaire à sa femme : mais si c'était un tiers qui fût intervenu au contrat de mariage, et qui eût constitué un douaire à la femme, ce douaire ne serait pas réductible, comme l'ont observé les commentateurs sur la coutume d'Anjou, cités par Dupineau.

Il nous reste à observer que la réduction du douaire préfix à la valeur du coutumier, étant établie dans ces coutumes en faveur de l'héritier du mari, de même que les réserves coutumières, il n'y a que l'héritier qui soit reçu à demander cette réduction. Le supplément de Denisart rapporte un arrêt du 21 mars 1767, qui a jugé au profit d'un enfant douairier, que le curateur à la succession vacante du père, et les créanciers postérieurs au contrat de mariage, étaient non recevables dans cette demande (Denisart, v° *Douaire*, n° 52). Il y a même raison à l'égard de la veuve.

ART. III. — Si le douaire conventionnel exclut le douaire coutumier[1].

138. Il n'est pas douteux que la femme ne peut pas avoir tout à la fois le douaire conventionnel et le douaire coutumier; mais c'est une question sur laquelle les coutumes sont partagées, de savoir si, lorsqu'on a accordé, par le contrat de mariage, un douaire à la femme, elle est recevable, en renonçant au conventionnel, à prétendre le coutumier?

La coutume de Paris le lui refuse par l'art. 261. Il y est dit : « Femme douée « de douaire préfix ne peut demander douaire coutumier, s'il ne lui est permis « par son contrat de mariage. »

Les coutumes d'Orléans, de Blois, et un très grand nombre d'autres, ont une pareille disposition.

La raison est, que le douaire conventionnel a été autrefois le seul douaire. C'est pour subvenir aux femmes auxquelles il n'avait pas été pourvu d'un douaire par leur convention de mariage, que Philippe Auguste, et ensuite les coutumes, ont établi le douaire légal ou coutumier.

Par cette raison, la coutume de Paris et la plupart des autres n'accordent le douaire coutumier qu'à défaut du conventionnel. Lorsqu'il y en a un, elles ne permettent pas à la femme de prétendre autre chose que ce qu'elle est convenue elle-même qu'elle aurait pour son douaire.

Quelques autres coutumes, comme Meaux, Troyes, le Grand-Perche, etc., donnent à la femme qui a un douaire conventionnel, le choix du coutumier, quoique ce choix ne lui ait pas été expressément accordé par le contrat de mariage, à moins qu'elle n'ait expressément renoncé au coutumier.

Ces coutumes déferent aux femmes le douaire purement et simplement; elles ne le déferent pas *à défaut du conventionnel*. C'est pourquoi, dans ces coutumes, la femme ayant deux droits pour demander un douaire, l'un qui lui

---

[1] Voilà encore une question qui ne peut s'élever aujourd'hui.

vient de la loi qui le lui défère, l'autre qui lui vient de la convention, elle peut user de celui des deux droits qu'elle jugera lui convenir le mieux. Dans ces coutumes, quoique le douaire conventionnel lui soit accordé pour et à la place du coutumier, et qu'en conséquence elle ne puisse avoir l'un et l'autre, elle n'est pas néanmoins censée avoir, par la convention du douaire, renoncé au douaire coutumier. C'est pourquoi, en renonçant au droit qui lui vient de la convention du douaire, qui est censée, dans ces coutumes, n'être intervenue qu'en sa faveur, elle peut, dans ces coutumes, demander le douaire coutumier.

139. Dans cette variété de coutumes, suivant laquelle doit-on décider si la femme qui a, par son contrat de mariage, un douaire conventionnel, peut avoir le choix du coutumier?

Nous avons déjà établi ci-dessus, que les dispositions des coutumes qui concernent le douaire, sont des statuts réels, qui ayant pour objet les choses, exercent leur empire sur celles qui y sont sujettes, quelles que soient les personnes à qui elles appartiennent. Suivant ce principe, il n'est pas douteux que c'est par la coutume qui régit les biens du mari, qu'on doit décider si la femme qui a un douaire conventionnel, conserve le droit du douaire coutumier, ou si elle en est déchue. C'est pourquoi, lorsque des Parisiens ont contracté mariage, quoique la coutume de Paris refuse le douaire coutumier à la femme dans le cas auquel il y a un douaire conventionnel, néanmoins si l'homme avait, lors de son mariage, des héritages situés sous la coutume de Troyes, qui conserve en ce cas à la femme le choix du coutumier, la femme de ce Parisien aura en ce cas le choix du douaire coutumier sur lesdits héritages; *et vice versâ*, la femme d'un Troyen qui a un douaire conventionnel, n'aura pas le choix du coutumier sur les biens que son mari a sous la coutume de Paris.

140. Observez que, lorsqu'un homme a des biens sujets au douaire coutumier sous différentes coutumes, dont l'une conserve à la femme qui a un douaire conventionnel, le choix du coutumier, et les autres l'en excluent; si la femme choisit le douaire que lui défère celle qui lui en accorde le choix, elle n'est pas obligée, pour avoir ce douaire coutumier, d'abandonner la totalité de son douaire conventionnel; elle n'en doit abandonner qu'une portion qui soit dans la même raison et proportion qu'est ce qui est sujet au douaire coutumier dans cette coutume, à la totalité de ce qui y est sujet dans toutes celles où le mari a des biens.

Par exemple, en supposant qu'un Parisien a des biens sujets au douaire coutumier sous les coutumes de Paris, d'Orléans et de Meaux, tous lesquels montent ensemble, pour les portions desdits biens qui sont sujettes au douaire coutumier, à une somme de 20,000 liv.; que ceux de Meaux, pour la portion qui y est sujette, montent à la somme de 5,000 liv., qui fait le quart de la totalité de tout ce qui est sujet au douaire coutumier dans toutes lesdites coutumes; la femme qui prend le douaire coutumier dans ladite coutume de Meaux, ne renoncera au douaire conventionnel que pour un quart. Par exemple, s'il est de 800 liv. de rente viagère, il sera réduit à 600 liv. La raison est, que le douaire conventionnel est accordé à la femme pour lui tenir lieu de tous les douaires coutumiers qui lui sont déférés par toutes ces coutumes où le mari a des biens qui y sont sujets. Celui que défère la coutume de Meaux, ne montant qu'au quart de la totalité de tous les douaires, il n'y a que le quart du douaire conventionnel qui tienne lieu de ce douaire; et la femme qui accepte ce douaire de la coutume de Meaux, ne doit par conséquent renoncer qu'au quart du douaire conventionnel.

141. Lorsque l'homme qui a constitué un douaire conventionnel à sa femme, avait parmi ses biens, au temps du contrat de mariage, des rentes constituées; s'il a depuis changé de domicile, c'est la coutume du lieu qui régissait les rentes au temps du contrat qui doit décider si la femme à qui on a con-

stitué un douaire conventionnel, doit conserver dans les rentes le choix du douaire coutumier. Par exemple, si un homme domicilié sous la coutume de Meaux au temps de son contrat de mariage, qui a constitué un douaire conventionnel à sa femme, a depuis transféré son domicile à Paris, où il est mort, la veuve aura conservé le choix du douaire coutumier sur les rentes que son mari avait au temps de son contrat de mariage, suivant la coutume de Meaux, quoique, par la translation de domicile du mari à Paris, ces rentes aient cessé d'être régies par la coutume de Meaux, et soient devenues sujettes à la coutume de Paris, qui exclut absolument le douaire coutumier, lorsqu'il y a un douaire conventionnel : car ayant été affectées au douaire, au temps du contrat de mariage, par la coutume de Meaux qui les régissait alors, le mari n'a pas pu par son fait, en changeant de domicile, les en décharger.

Vice versâ, si c'est un Parisien qui a transféré son domicile à Meaux, la femme qui a un douaire conventionnel, n'aura pas le choix du coutumier sur les rentes qui appartenaient à son mari au temps du contrat de mariage, le mari n'ayant pu par son fait, en changeant de domicile, faire avoir à sa femme un droit de douaire sur les rentes, droit que la coutume de Paris, à laquelle elles étaient sujettes au temps du contrat de mariage, lui avait refusé.

142. Que doit-on dire à l'égard des rentes constituées qui ne sont venues au mari de la succession de quelqu'un de ses ascendants, que depuis sa translation de domicile? Ce ne peut être la coutume du lieu du domicile qu'avait le mari au temps de son contrat de mariage, par laquelle lesdites rentes n'ont jamais été régies; ce ne peut être que celle par laquelle elles sont régies au temps qu'elles commencent à appartenir au mari, qui est celui de l'ouverture de la succession, qui peut accorder ou refuser à la femme qui a un douaire conventionnel, le choix du douaire coutumier dans lesdites rentes.

143. Lorsqu'il est dit par le contrat de mariage, « que la femme aura pour douaire une rente de *tant*, ou le douaire coutumier, » sans qu'il soit dit au choix de qui; c'est une question dans la coutume de Paris et autres semblables, si c'est la femme qui doit avoir le choix de l'un ou de l'autre douaire; ou si, au contraire, ce choix appartient à l'héritier du mari?

Guérin décide pour l'héritier du mari. La raison sur laquelle il se fonde, est que l'héritier est débiteur de l'un et de l'autre douaire; or c'est un principe, que, lorsque deux choses sont dues sous une alternative, c'est le débiteur qui a le choix de payer celle qu'il voudra, si les parties ne s'en sont pas expliquées[1], comme nous l'avons établi en notre *Traité des Obligations*, n° 247. Il y a une raison ultérieure, qui est que, dans le doute, les conventions s'interprètent plutôt en faveur du débiteur que du créancier : *Ferè secundùm promissorem interpretamur;* L. 99, ff. *de Verb. oblig.*

Au contraire, on dit pour la femme, que le principe sur lequel se fonde Guérin, ne reçoit aucune application.

Il est vrai que, dans le cas d'une créance alternative, c'est le débiteur qui a le choix. Si, par le contrat de mariage, il était dit que la femme aurait pour douaire une rente viagère de *tant*, ou une *telle* somme en propriété, ce douaire consisterait en une créance alternative de la rente ou de la somme; et, en ce cas, il ne serait pas douteux que le choix de la rente ou de la somme appartiendrait à l'héritier du mari, qui en est le débiteur; mais lorsqu'il est dit par le contrat de mariage, dans la coutume de Paris et autres semblables, que la femme aura pour douaire une rente de *tant*, ou le douaire coutumier, la femme n'a pas en ce cas une simple créance alternative de deux choses, mais elle a plutôt deux droits, qui lui viennent de différentes causes. La femme

---

[1] *V.* art. 1190, C. civ.
Art. 1190 : « Le choix appartient « au débiteur, s'il n'a pas été expressément accordé au créancier. »

qui, sans cette clause, serait censée, en convenant d'un douaire conventionnel, avoir renoncé au douaire coutumier, s'est, par cette clause, réservé le douaire coutumier, suivant la permission que la coutume lui en donne. Elle a donc deux droits, qui lui viennent de différentes causes; le droit de douaire conventionnel, qui consiste dans la créance de la rente viagère qui lui vient de la convention; et le droit de douaire coutumier, qui lui vient de la loi. Ces deux droits sont incompatibles; elle ne peut avoir les deux ensemble, le douaire conventionnel ne lui étant accordé que pour et à la place du coutumier : mais c'est un principe, que, lorsqu'une personne a deux différents droits incompatibles, elle a le choix de celui dont elle voudra user. Ainsi, lorsqu'un enfant est héritier pour partie, et légataire de son père, il a le choix de la part dans la succession, ou du legs : par la même raison, la femme, dans ce cas-ci, doit avoir le choix du douaire conventionnel ou du coutumier. C'est l'avis de Chopin, Tronçon, Lemaître, etc.

144. Lorsque la femme a, soit par la coutume, soit par la convention, le choix du douaire conventionnel ou du coutumier, dans quel temps doit-elle exercer le choix ?

Il y a encore sur ce point variété dans les coutumes. Plusieurs coutumes, comme Reims, Amiens, Grand-Perche, Bar, donnent à la femme, pour faire cette option, un délai de quarante jours, du jour de la mort du mari venue à sa connaissance. Celles de Laon et de Châlons, qui donnent ce délai de quarante jours aux femmes roturières, en accordent un de trois mois aux femmes nobles : Sedan ne donne qu'un mois. Paris et la plupart des coutumes n'ont pas fixé le temps dans lequel la femme doit faire cette option, lorsqu'elle se l'est réservée par le contrat de mariage.

On doit, à cet égard, suivre la coutume qui régit les choses sujettes au douaire coutumier

Dans les coutumes qui ont fixé un terme, la femme qui n'a pas fait l'option dans ce terme, est déchue du droit de demander le douaire coutumier, et ne peut plus avoir que le douaire conventionnel. Reims, art. 244, s'en explique formellement; il y est dit : « Et lesdits quarante jours passés, elle sera tenue « prendre le douaire préfix. »

Dans les coutumes qui n'ont fixé aucun temps, c'est le juge qui doit le fixer, sur l'assignation donnée pour cet effet à la femme par l'héritier.

145. La femme qui a fait son choix ne peut plus varier. La coutume de Laon, tit. 4, art. 34, dit : « Encore qu'elle fût mineure, pourvu qu'elle ait « fait l'option par l'avis de deux de ses prochains parents; ou amis, à défaut « de parents. »

Hors cette coutume, lorsqu'une femme mineure a fait un choix désavantageux qui lui cause une lésion considérable, je ne vois rien qui l'empêche de se faire restituer contre ce choix par des lettres de rescision. La loi 7, § 7, ff. *de Minor.*, décide expressément qu'un mineur est restituable contre un choix désavantageux qu'il a fait : *Si in optionis legato captus sit, dum elegit deteriorem, vel si duas res promiserit, et pretiosiorem dederit, subveniendum est.* Renusson, ch. 4, n° 14, est d'avis contraire. Il se fonde sur un arrêt du dernier de mars 1637, par lequel il prétend qu'une femme fut déclarée non recevable dans les lettres de rescision qu'elle avait prises contre l'option qu'elle avait faite en minorité. Cet arrêt, dont on ignore l'espèce, ne prouve rien; la Cour ayant pu, dans l'espèce de cet arrêt, débouter la femme, non parce qu'un tel choix n'est pas sujet à la restitution lorsqu'il est désavantageux, mais parce que dans le fait la Cour aurait trouvé que, lorsque la femme avait fait ce choix, il ne lui était pas alors désavantageux, quoiqu'il le fût devenu depuis : car en ce cas un mineur qui n'a fait que ce qu'une personne prudente aurait fait, n'est pas restituable, quoique par l'événement il ait été lésé : *Nec enim eventus damni restitutionem indulget, sed inconsulta facilitas*; L. 11, § 6, ff. *de*

Min. Renusson rapporte deux raisons de son opinion : « La femme, dit-il, « a son douaire, en quelque façon, à titre lucratif : c'est pourquoi on ne « peut pas dire qu'elle ait été lésée, quand elle a fait son option. » Cette raison est contraire aux premiers principes de droit : *Certo jure utimur* (dit Ulpien en la loi 7, § 6, ff. *de Minor.*) *ut in lucro minoribus succurratur.*

Il dit en second lieu, que la femme étant capable de jouir de son douaire, quoique mineure, elle est capable de faire l'option : s'ensuit-il de là qu'elle ne doive pas être restituable lorsqu'elle s'est lourdement trompée et considérablement lésée dans cette option?

146. Renusson (ch. 4. n° 16, et ch. 5, n° 9) propose ensuite une autre question, qui est de savoir si la femme à qui on a constitué un douaire conventionnel d'une rente viagère, et qui s'est réservé le choix du coutumier, étant morte depuis l'ouverture du douaire, sans avoir fait ce choix, transmet ce choix à ses héritiers?

Cet auteur la décide avec raison pour l'affirmative. Ce droit de choix ayant été ouvert et acquis à la femme par la mort du mari, qui a donné ouverture au douaire, ce droit fait partie des biens de la femme, qu'elle transmet, de même que ses autres droits, à ses héritiers : lesdits héritiers peuvent donc en ce cas, après la mort de la femme, choisir le douaire coutumier, à l'effet d'avoir sur les héritages sujets à ce douaire, la moitié des fruits perçus ou nés depuis la mort du mari, qui a donné ouverture au douaire, jusqu'au temps de la mort de sa femme, laquelle, dans la coutume de Paris, est censée en avoir été saisie du jour de la mort du mari.

CHAPITRE III.

Quand et comment se contracte l'obligation du douaire; quand est-il ouvert, et comment la femme en est-elle saisie.

ART. Ier. — Quand et comment se contracte l'obligation du douaire.

147. L'obligation du douaire coutumier se contracte par le mariage même. Tous les héritages et autres immeubles que le mari avait au temps des épousailles, deviennent dès lors sujets au douaire de la femme, pour la part telle qu'elle est réglée par la coutume qui les régit; et dès lors le mari contracte envers sa femme l'obligation de la lui conserver.

L'obligation du douaire conventionnel se contracte par la convention portée au contrat de mariage, par laquelle le mari, ou quelque autre pour lui, s'oblige à donner à la femme pour son douaire, *telle* et *telle* chose.

Cette convention et l'obligation qui en naît, dépendent de même que toutes les conventions matrimoniales, de la condition, *si nuptiæ sequantur :* elles dépendent en outre, de même que le douaire coutumier, de la condition du prédécès du mari.

Le mariage par lequel se contracte l'obligation du douaire coutumier, doit être un mariage qui non-seulement soit valablement contracté, mais qui ait les effets civils. Lorsqu'un mariage est privé des effets civils, la femme n'est pas reçue à demander ni le douaire coutumier, ni le conventionnel qui lui a été promis par son contrat de mariage.

Voyez, sur les mariages qui n'ont pas les effets civils, notre *Traité du Mariage,* part. 5, n° 396.

Quelquefois l'obligation du douaire, soit coutumier, soit conventionnel, est contractée par un mariage nul, à cause de la bonne foi de la femme qui n'a pu

connaître l'empêchement dirimant qui le rendait nul. *V.* notre *Traité du Mariage*, part. 5, n° 440.

148. On avait pensé autrefois que, pour que le mariage formât l'obligation du douaire coutumier, ou accomplît la condition du douaire conventionnel, il fallait que le mari eût connu sa femme, ou du moins qu'on pût le présumer.

Cette opinion venait des canonistes, qui distinguaient le mariage qu'ils appelaient *matrimonium ratum*, lequel avait reçu une première perfection par le consentement des parties; et le mariage qu'ils appelaient *matrimonium consummatum*, lequel, selon eux, recevait une dernière perfection *per concubitum*. Cette distinction que faisaient les canonistes n'a aucun fondement solide; et on doit tenir que le mariage reçoit toute sa perfection du seul consentement des parties, donné en face d'église, selon les lois de l'Etat et les règles de l'église.

Nous avons néanmoins encore quelques coutumes qui veulent que la femme ait couché avec son mari, pour que le mariage puisse former l'obligation du douaire coutumier, et accomplir la condition du douaire conventionnel. Telle est la coutume de Normandie, qui, en l'article 352, dit : *La femme gagne son douaire au coucher.* Les coutumes de Bretagne, de Valois, de Ponthieu, de Cambrai, ont une pareille disposition.

Ces coutumes n'exigent pas précisément *concubitum*, pour que le douaire soit dû, mais elles veulent qu'au moins la femme *viro potestatem corporis sui fecerit*, en couchant avec lui. La coutume de Bretagne, art. 450, s'en explique ; elle dit : « Femme gagne son douaire ayant mis le pied au lit, après « être épousée avec son seigneur et mari, encore qu'il n'ait jamais eu affaire « avec elle. »

Dans ces coutumes, si le mari, en sortant de l'église après la célébration du mariage, était tombé en apoplexie, et était mort avant que sa femme eût pu avoir commerce avec lui, la femme ne pourrait prétendre aucun douaire : mais aussitôt que, depuis la célébration du mariage, l'homme et la femme se sont retirés seuls dans une chambre, ils sont présumés y avoir couché ensemble, et l'obligation du douaire est contractée [1].

149. Dans les autres coutumes, l'obligation du douaire est contractée aussitôt que le mariage a reçu sa perfection par la bénédiction nuptiale. Les coutumes de Péronne et Grand-Perche en ont une disposition précise. Celle de Paris l'insinue aussi en l'article 248. Après ces termes, *Douaire coutumier est de la moitié des héritages que le mari tient au jour des épousailles,* on a ajouté, lors de la réformation, ceux-ci, *et bénédiction nuptiale*, pour insinuer que c'est dès lors que se contracte l'obligation du douaire. C'est aussi le droit qui a lieu dans toutes les autres coutumes qui ne s'en sont pas expliquées.

Les termes de *consommation de mariage*, employés par quelques coutumes, ne s'entendent pas de la consommation du mariage qui se fait par le commerce charnel, mais de la perfection du mariage par la bénédiction : c'est ce que j'ai appris d'une note manuscrite de Me Chotard, avocat, l'un de ceux qui furent chargés de rédiger les articles de la coutume d'Orléans, lors de la réformation en 1583. Cette coutume, en l'article 218, dit que *la femme est douée de la moitié de tous les héritages que le mari avait lors de la* CONSOMMATION DU MARIAGE : mais Chotard, dans sa note, dit que ces termes, *de la consommation du mariage*, s'entendent de la perfection du mariage par la bénédiction nuptiale.

---

[1] Il est certain aujourd'hui que le mariage reçoit sa perfection complète par le prononcé de l'union par l'officier de l'état civil, et en conséquence toutes les conventions matrimoniales, au nombre desquelles peut se trouver celle du douaire, deviennent obligatoires.

150. Les dispositions des coutumes qui concernent le douaire coutumier, étant, comme nous l'avons déjà observé plusieurs fois, des statuts réels, c'est par les coutumes qui régissent les biens sujets à ce douaire, qu'on doit décider si l'obligation du douaire est contractée par la seule bénédiction nuptiale, ou s'il faut que la femme puisse être présumée avoir couché avec son mari. C'est pourquoi, lorsque des Parisiens se sont mariés à Paris, si l'homme est mort subitement au sortir de l'église, la veuve jouira du douaire coutumier sur les biens immeubles de feu son mari, qui sont régis par la coutume de Paris; mais si son mari avait une terre en Bretagne ou en Normandie, elle n'aura pas le douaire coutumier sur cette terre, parce que dans ces coutumes la femme ne gagne son douaire qu'au coucher.

151. Observez que les dispositions de ces coutumes n'ont lieu qu'autant qu'il n'y a pas de convention contraire par le contrat de mariage : c'est pourquoi la veuve de cet homme qui est mort subitement au sortir de l'église, pourra prétendre son douaire coutumier dans la terre de Normandie, s'il est dit par son contrat de mariage, que la future épouse sera douée, aussitôt *la bénédiction nuptiale,* du douaire coutumier.

Pareillement, lorsque par le contrat de mariage il y a une clause par laquelle les parties se sont soumises à une certaine coutume pour toutes leurs conventions matrimoniales, c'est en ce cas cette coutume, plutôt que celles qui régissent les biens sujets au douaire, laquelle *non vi propriâ, sed vi conventionis*, doit décider si l'obligation du douaire a été contractée par la seule bénédiction nuptiale, ou si la femme ne le peut gagner qu'au coucher. C'est pourquoi, s'il y a soumission à la coutume de Paris, la veuve du mari mort subitement au sortir de l'église, aura son douaire, même sur les héritages de Normandie : *vice versâ*, s'il y a soumission à la coutume de Normandie, elle ne l'aura pas même sur les biens de Paris.

152. Le douaire coutumier ayant été établi pour suppléer à la convention du douaire qui avait coutume d'intervenir au temps de la célébration du mariage, lorsqu'elle avait été omise, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 2, et étant fondée sur l'obligation que l'homme contracte en se mariant, de pourvoir après sa mort à la subsistance de sa femme, il s'ensuit que l'obligation du douaire coutumier est contractée par le mariage même dans les coutumes qui ne le font consister que dans une portion des héritages que le mari laissera lors de son décès. C'est ce qui paraît par la note de Dumoulin sur l'art. 220 de la coutume de Bourbonnais, qui dit « que la femme est douée de la moitié des héritages qu'a le mari lors de son trépas, excepté des conquêts, auxquels ladite femme ne prend douaire : » Sur quoi Dumoulin fait cette note : *Secùs ergò si non est communis ; quod est verum si non est communis ab initio quo derogatur societati : secùs si non est communis quia renuntiat ; non enim doarium augetur, quia semel ab initio limitatum fuit.* Dumoulin dit fort bien dans cette note, que dans la coutume de Bourbonnais, quoiqu'elle fasse consister le douaire dans la moitié des héritages que le mari laissera lors de son décès, l'obligation du douaire est contractée *ab initio*, c'est-à-dire, aussitôt que s'est contracté le mariage, lequel a formé cette obligation. Toute la différence qu'il y a à cet égard entre ces coutumes et celles qui assignent le douaire dans les héritages qu'a le mari lors de la célébration du mariage, c'est que, dans celle-ci, non-seulement l'obligation du douaire est formée par le mariage aussitôt qu'il est contracté, mais le douaire a dès ce temps un objet déterminé dans les héritages qui appartiennent alors au mari, dont le mari ne peut plus dès lors disposer au préjudice du douaire auquel ils sont affectés : au lieu que, dans les coutumes qui font consister le douaire dans une partie des héritages que le mari laissera à son décès, quoique l'obligation du douaire soit contractée par le mariage, le douaire n'a encore aucun objet déterminé ; car ne devant consister que dans les héritages que le mari laissera lors de son décès, ce n'est

que le temps de son décès qui peut déterminer dans quels héritages consistera le douaire. Mais, quoique ce soit le temps du décès qui détermine l'objet du douaire, ce n'est pas pour cela au temps du décès que se contracte l'obligation du douaire; cette obligation n'en a pas moins été contractée par le mariage, et aussitôt que le mariage a été contracté; de même que, lorsque quelqu'un a fait par contrat de mariage une donation des biens, ou d'une partie des biens qu'il laissera à son décès; quoique ce soit le temps du décès du donateur qui détermine l'objet de la donation, l'obligation qui en naît, est contractée par la donation, et dès le temps que s'est faite la donation.

C'est pourquoi, de même que ce donateur, quoiqu'il puisse disposer de ses biens entre-vifs, sans fraude, ne peut néanmoins en disposer en fraude de sa donation. Pareillement, dans ces coutumes, quoique le mari puisse disposer entre-vifs des héritages qui lui appartiennent, pourvu qu'il en dispose sans fraude, il ne peut en disposer en fraude du douaire; et ce serait en disposer en fraude du douaire, s'il en disposait à titre universel, ou s'il disposait d'une partie considérable à titre gratuit.

ART. II. — Quand le douaire est-il ouvert?

153. Quoique l'obligation du douaire se contracte par le mariage, comme nous l'avons vu en l'article précédent, néanmoins, comme cette obligation n'est qu'une obligation conditionnelle, qui dépend de la condition du décès du mari avant sa femme, le droit de douaire qui naît de cette obligation, n'est point ouvert, et ne consiste qu'en espérance, jusqu'à l'accomplissement de cette condition : ce n'est que la mort du mari, survenue du vivant de la femme, qui fait exister la condition sous laquelle l'obligation du douaire a été contractée, et qui donne ouverture au douaire.

De là cette maxime de Loisel, qui est la sixième du titre des douaires (liv. 1, tit. 3), au livre de ses Institutes coutumières : *Jamais mari ne paya douaire.*

Il faut donc tenir pour principe, que c'est la mort du mari, arrivée du vivant de la femme, qui donne ouverture au douaire.

J'ai dit, *arrivée du vivant de la femme;* car, pour qu'il y ait ouverture au douaire, il faut que la femme ait survécu au mari [1].

154. De là naît la décision de la question suivante. Un homme, par son contrat de mariage, a constitué à sa femme un douaire d'une certaine somme en propriété : depuis, l'homme et la femme ont péri ensemble dans un naufrage. Les héritiers de la femme sont-ils fondés à demander cette somme qui lui a été promise pour son douaire?—Non; car le douaire n'ayant pu être ouvert que par la mort du mari, survenue du vivant de la femme, le fait de la survie de la femme est le fait qui doit servir de fondement à leur demande. C'est

[1] Ce principe est appliqué par le Code aux gains de survie et aux donations entre futurs conjoints faites par contrat de mariage excepté la donation de biens présents. V. art. 1452 et 1093, C. civ.

Art. 1452 : « La dissolution de com- « munauté opérée par le divorce ou « par la séparation soit de corps et de « biens, soit de biens seulement, ne « donne pas ouverture aux droits de « survie de la femme; mais celle-ci « conserve la faculté de les exercer « lors de la mort naturelle ou civile de « son mari. »

Art. 1093 : « La donation de biens « à venir, ou de biens présents et à ve- « nir, faite entre époux par contrat de « mariage, soit simple, soit réciproque, « sera soumise aux règles établies par « le chapitre précédent (art. 1081 à « 1090), à l'égard des donations pareilles « qui leur seront faites par un tiers; « sauf qu'elle ne sera point transmis- « sible aux enfants issus du mariage, en « cas de décès de l'époux donataire « avant l'époux donateur. »

pourquoi, les héritiers ne pouvant justifier la survie de la femme, étant incertain lequel, de l'homme ou de la femme, a survécu, faute par eux de justifier et fonder leur demande, les héritiers du mari en doivent avoir congé [1].

155. La mort civile du mari donne-t-elle ouverture au douaire?

La coutume de Melun décide pour l'affirmative : elle est la seule qui s'en soit expliquée en termes formels.

Celle de Nevers, au contraire, dit que le douaire échet *par la mort naturelle du mari.*

Les autres coutumes disent simplement que le douaire est ouvert *par la mort;* d'autres disent *par le décès;* d'autres *par le trépas.*

On demande si ces termes, *mort*, *décès*, *trépas*, ne doivent s'entendre que de la mort naturelle, ou s'ils doivent être étendus à la mort civile que le mari aurait encourue par une condamnation capitale, telle que celle des galères à perpétuité, ou du bannissement à perpétuité hors du royaume.

Dès le temps de Dumoulin, l'opinion commune était que ces termes ne doivent s'entendre que de la mort naturelle. Cet auteur, sur la règle *de Infirm. résign.* n° 30, dit : *Statutum loquens de morte, intelligitur de naturali, non autem de civili, nec extenditur ad civilem, nisi in casibus in jure expressis.* Louet, lettre D, sommaire 36, dit la même chose, et rapporte (n° 1) un arrêt du 27 janvier (1596), qui jugea que le douaire d'une femme n'était pas ouvert par la condamnation de son mari à une peine capitale, et adjugea seulement à la femme une provision.

L'ordonnance des substitutions, tit. 1, art. 24, ayant décidé que, lorsque quelqu'un est grevé de substitution après sa mort, la mort civile donne ouverture à la substitution, ne pourrait-on pas en inférer, que suivant l'esprit de cette ordonnance, la mort civile doit pareillement donner ouverture au douaire?

Il y a quelque ressemblance entre l'un et l'autre cas, surtout dans les coutumes qui l'accordent aux enfants; le douaire étant une espèce de substitution légale d'une certaine portion de biens dont la loi grève l'homme qui se marie, au profit des enfants qui naîtront du mariage, à la charge d'en laisser jouir leur mère [2].

156. N'y ayant que la mort du mari qui donne ouverture au douaire, il n'y a pas ouverture dans le cas d'une longue absence du mari, tant qu'il est incertain s'il est mort ou vivant. Renusson (ch. 5, n° 44) rapporte un arrêt du 4 décembre 1615, qui a débouté une femme, en ce cas, de la demande qu'elle avait faite de son douaire, et lui adjuge seulement, par forme de provision, une pension qui était d'environ la moitié du douaire.

---

[1] Le Code, art. 135, pose en principe que « quiconque réclamera un droit « échu à un individu dont l'existence « ne sera pas reconnue, devra prouver « que ledit individu existait lorsque le « droit a été ouvert; jusqu'à cette « preuve, il sera déclaré non recevable « dans sa demande. » — Cette règle générale doit être appliquée toutes les fois que la loi n'y a pas expressément dérogé, comme dans les présomptions de survie; mais, lors seulement qu'il s'agit de personnes respectivement appelées à la succession l'une de l'autre, la présomption de la loi tient lieu de preuve.

[2] Les art. 25, *in fine*, 1452 et 1517 du C. civ. ne laissent aucun doute sur cette question.

Art. 25. Son époux (du condamné à la mort civile) et ses héritiers peuvent exercer respectivement les droits et actions auxquels sa mort naturelle donnerait ouverture.

Art. 1452. *V.* ci dessus, p. 375, note 1.

Art. 1517 : « La mort naturelle ou « civile donne ouverture au préciput.

[3] Si les époux étaient mariés sous le régime de la communauté et que la femme, dont le mari est absent, n'optât point pour la continuation de la communauté, elle exercerait provisoi-

157. Quoiqu'il n'y ait proprement ouverture au douaire que par la mort du mari, néanmoins quelques coutumes donnent à la femme le droit de l'exiger au moins par provision, en certains cas, du vivant du mari.

Telle est la coutume de Nivernais. Cette coutume, après avoir dit que le douaire, ***soit coutumier ou convenu, échet par la mort naturelle du mari,*** ajoute : « Si le mari vient a pauvreté évidente par mauvais ménage, banni, ou « absent par trop long espace de temps, ou échet en autre évident inconvé« nient, par lequel les biens du mari soient en voie de périr, la femme se « pourra pourvoir par justice, pour avoir provision de son douaire. »

Coquille, qui interprète cet article en sa question 150, dit que la femme doit avoir en ces cas délivrance de son douaire, de même que si son mari était mort; parce que c'est la même chose pour la fin que la loi s'est proposée en accordant un douaire à la femme, que la femme ait perdu son mari par la mort, ou que son mari soit de son vivant réduit à ne pouvoir plus pourvoir à la subsistance de sa femme. Il y aura néanmoins, ajoute cet auteur, cette différence entre ces cas et celui de la mort naturelle, que dans ces cas, le douaire n'étant pas encore ouvert, la délivrance qui en sera faite à la femme, ne sera pas une délivrance définitive, mais une délivrance provisionnelle : de manière que si la fortune du mari se rétablit, si le mari banni est rendu par le prince à son état civil et à ses biens, si le mari absent revient au pays, dans tous ces cas, la femme se remettant avec son mari, le douaire cessera et le mari rentrera dans la jouissance des héritages ou autres choses dont la femme jouissait par provision pour son douaire.

La coutume du Maine a une disposition semblable à celle de Nivernais : elle dit, art. 331 : « Si le mari est dissipateur, et ses biens sont vendus, la « femme peut s'opposer pour son douaire; et il lui sera délivré, supposé que « son mari soit encore vivant. »

Ces termes, *supposé que*, en vieux langage, ont le même sens que *quoique.*

Dans les autres coutumes qui n'ont pas pareille disposition, quelques anciens arrêts ont, avant l'ouverture du douaire, dans lesdits cas, accordé à la femme, non la délivrance du douaire entier, mais une pension réglée arbitrairement, à laquelle on avait donné le nom de *demi-douaire*, parce qu'elle était ordinairement réglée à environ la moitié du douaire [1].

---

rement tous ses droits légaux et conventionnels (art. 124). Sous tout autre régime elle exercerait provisoirement les mêmes droits (art. 123).

Art. 123 : « Lorsque les héritiers « présomptifs auront obtenu l'envoi en « possession provisoire, le testament, « s'il en existe un, sera ouvert à la ré« quisition des parties intéressées, ou « du procureur du roi près le tribunal; « et les légataires, les donataires, ainsi « que tous ceux qui avaient, sur les « biens de l'absent, des droits subor« donnés à la condition de son décès, « pourront les exercer provisoirement, « à la charge de donner caution.

Art. 124 : « L'époux commun en « biens, s'il opte pour la continuation « de la communauté, pourra empêcher « l'envoi provisoire, et l'exercice pro« visoire de tous les droits subordonnés « à la condition du décès de l'absent, et « prendre ou conserver par préférence « l'administration des biens de l'absent. « Si l'époux demande la dissolution « provisoire de la communauté, il exer« cera ses reprises et tous ses droits « légaux et conventionnels, à la charge « de donner caution pour les choses « susceptibles de restitution.—La fem« me, en optant pour la continuation de « la communauté, conservera le droit « d'y renoncer ensuite. »

[1] L'art. 1452, C. civ., *V.* ci-dessus, p. 375, note 1, ne permet pas d'accorder même provisoirement l'exercice des gains de survie, au cas de séparation de biens.

ART. III. — Comment la femme est-elle saisie de son douaire.

158. Les coutumes sont différentes sur cette question. La coutume de Paris et le plus grand nombre des coutumes saisissent de plein droit la femme de son douaire, soit coutumier, soit conventionnel, aussitôt qu'il est ouvert par la mort du mari.—Il y a d'autres coutumes dans lesquelles la femme n'est point saisie de son douaire, et doit en demander la délivrance aux héritiers du mari.—Il y en a quelques-unes qui font à cet égard une distinction entre le douaire coutumier et le douaire conventionnel.

§ I. *Des coutumes qui saisissent la femme de plein droit.*

159. Dans la coutume de Paris, et dans le plus grand nombre des coutumes du royaume, la femme est saisie de plein droit de son douaire coutumier ou conventionnel, aussitôt qu'il est ouvert par la mort du mari.

La coutume de Paris s'en explique ainsi en l'article 236 : « Douaire, soit « coutumier ou préfix, saisit, sans qu'il soit besoin de le demander en juge- « ment, et courent les fruits et arrérages du jour du décès du mari. »

Dans ces coutumes, de même qu'un héritier est, dès l'instant de la mort du défunt, saisi de plein droit de la propriété des biens du défunt, pour la part quant à laquelle il en est héritier; pareillement, aussitôt qu'il y a ouverture au douaire coutumier par la mort du mari, la veuve est de plein droit, dès l'instant de la mort de son mari, saisie du droit d'usufruit dans tous les héritages ou autres immeubles sujets au douaire, pour la part qu'elle y doit avoir [1].

160. *Corollaire premier.* — Il suit de ce principe, que les fruits, tant naturels que civils, des héritages sujets au douaire, nés ou perçus depuis le jour du décès du mari, et pareillement les arrérages des rentes sujettes au douaire, courus depuis ledit jour, appartiennent à la douairière pour la portion dont elle a droit de jouir desdits héritages ou rentes. — La coutume de Paris, en l'article ci-dessus rapporté, a tiré elle-même ce corollaire.

161. *Corollaire II.* — De là il suit qu'après l'ouverture du douaire la femme peut d'elle-même se mettre en possession de la jouissance des héritages sujets à son douaire, pour la portion qui lui en appartient, sans qu'elle ait besoin pour cela d'en faire aucune demande à l'héritier du mari, n'étant pas moins saisie par la loi, de sa part dans cette jouissance, que l'héritier ne l'est de la sienne.—La coutume de Paris, en l'article ci-dessus cité, a pareillement tiré elle-même ce corollaire.

162. *Corollaire III.* — C'est une suite du principe et du corollaire précédent, que, si la femme était troublée dans l'usufruit qu'elle doit avoir, soit par les héritiers du mari, soit par d'autres, elle peut, comme étant réputée en possession, former contre eux l'action en complainte.—Plusieurs coutumes, comme Melun, Sens, Auxerre, Châlons, Tours, etc., ont tiré elles-mêmes cette conséquence. Si les autres coutumes ne s'en sont pas expliquées, c'est qu'elles ont cru que cela était superflu, cette conséquence étant suffisamment renfermée dans le principe.

163. Observez que la femme n'est saisie de plein droit de son douaire sur

[1] Le douaire ne pouvant être aujourd'hui que conventionnel, il est une donation sous la condition de survie de la femme; or la loi n'assujettit point les donataires à la nécessité d'une préalable demande en délivrance; nous pouvons donc en conclure que la femme serait aujourd'hui saisie de plein droit de son douaire, et que les conséquences qu'en tire Pothier devraient encore être admises, sauf quelques restrictions.

les héritages qui y sont sujets, que lorsqu'ils se sont trouvés dans la succession du mari. S'il les avait aliénés, quoiqu'ils demeurent sujets au douaire, nonobstant l'aliénation qu'il en a faite, comme nous l'avons vu *suprà*, la femme ne peut se mettre d'elle-même en possession du droit de douaire qu'elle a sur lesdits héritages. Il faut qu'elle assigne les tiers détenteurs; qu'elle obtienne contre eux sentence qui déclare sujets à son douaire les héritages, et les condamne en conséquence à lui en laisser la jouissance pour la part qui lui en appartient. La femme n'est pas non plus fondée à leur demander la restitution des fruits depuis le jour du décès du mari, qui a donné ouverture au douaire: elle ne les peut prétendre que du jour de la demande; ceux perçus auparavant par ces tiers détenteurs leur ayant été acquis en leur qualité de possesseurs de bonne foi.

164. La coutume, en l'article ci-dessus rapporté, dit aussi que *la femme est saisie de plein droit du douaire préfix;* ce qui doit s'entendre en ce sens que, si, pour le douaire préfix, on avait assigné à la femme la jouissance de quelque héritage ou de quelque rente, la femme, le douaire étant ouvert, peut se mettre d'elle-même en possession de cette jouissance, sans en faire aucune demande; Troyes, art. 86. Le douaire préfix, lorsqu'il consiste en une pension viagère, ou en une somme d'argent en propriété, saisit aussi de plein droit la femme, en ce sens que les arrérages de cette pension et les intérêts de cette somme courent de plein droit à son profit, du jour du décès de son mari, contre les héritiers; *encore*, dit la coutume de Châlons, *qu'elle ne les ait si tôt demandés.*

On en avait néanmoins fait difficulté dans le cas auquel le douaire préfix consiste dans une somme une fois payée. M. Leprêtre, cent. 3, quæst. 64, cite des arrêts qui ont jugé que les intérêts ne couraient en ce cas que du jour de la demande; mais ces arrêts n'ont pas été suivis. Les coutumes ayant dit indistinctement que le douaire préfix saisissait de plein droit, la femme en doit être saisie de plein droit, en quelque cas que ce soit, et par conséquent même dans le cas auquel il consiste en une somme d'argent; or on ne peut dire qu'elle en est saisie de plein droit en ce cas, qu'en ce sens, que les intérêts en courent de plein droit avant aucune demande [1].

165. Quelques coutumes ont apporté certaines limitations au principe que la femme est saisie de plein droit de son douaire. Celles de Berri et de Montargis, après avoir déclaré que la femme est saisie du douaire coutumier, ap-

---

[1] Si le douaire, ou la donation sous la condition de survie est d'une somme d'argent une fois payée, il constitue une véritable obligation contre la succession du mari et une créance au profit de la femme survivante; la relation est établie entre la succession du mari et la femme; il s'agit d'une somme d'argent : les art. 1479, 1480, et la règle générale de 1153 ne permettent pas de faire courir les intérêts de plein droit au profit de la femme.

Art. 1479 : « Les créances person- « nelles que les époux ont à exercer « l'un contre l'autre, ne portent intérêt « que du jour de la demande en jus- « tice. »

Art. 1480 : « Les donations que l'un « des époux a pu faire à l'autre, ne « s'exécutent que sur la part du dona- « teur dans la communauté, et sur ses « biens personnels. »

Art. 1153 : « Dans les obligations « qui se bornent au paiement d'une « certaine somme, les dommages et in- « térêts résultant du retard dans l'exé- « cution ne consistent jamais que dans « la condamnation aux intérêts fixés « par la loi; sauf les règles particulières « au commerce et au cautionnement. « — Ces dommages et intérêts sont « dus sans que le créancier soit tenu « de justifier d'aucune perte. — Ils ne « sont dus que du jour de la demande, « excepté dans les cas où la loi les fait « courir de plein droit. »

portent cette limitation, que « quoiqu'elle en soit saisie de droit, si elle ne s'en est pas mise de fait en possession, elle ne peut demander aux héritiers du mari plus de cinq années de jouissance de son douaire pour le temps passé [1]. »

166. La coutume de Montfort apporte une autre espèce de limitation au principe, par rapport au douaire préfix. Après avoir dit purement et simplement en l'art. 140, *Douaire coutumier saisit*, elle dit, art. 141 : *Douaire préfix saisit du jour du décès du mari, pourvu qu'il en apparaisse par écrit, et que la femme le demande dedans l'an et jour du décès; autrement ne saisira, sinon du jour qu'il sera demandé en jugement.* Les coutumes de Mantes et de Dourdan ont une pareille disposition.

Dans ces coutumes, on donne à la demande du douaire préfix, lorsqu'elle est donnée dans l'année, un effet rétroactif au jour du décès, qui fait courir les arrérages ou intérêts du douaire, du jour du décès du mari; mais lorsque la demande est donnée plus tard, les arrérages et intérêts ne sont dus que du jour de la demande.

167. La coutume du Grand-Perche, qui, en l'art. 114, admet le principe que la femme est saisie de plein droit du jour du décès de son mari, du douaire, soit coutumier ou préfix, y apporte une exception pour le cas auquel elle a l'option de l'un ou de l'autre; auquel cas elle n'est saisie que du jour de son option. La raison est, que la femme ne peut pas paraître saisie de l'un des deux douaires, tant qu'il est incertain lequel des deux elle aura. Cette raison ne m'a pas paru suffisante pour étendre cette exception aux coutumes qui ne s'en sont pas expliquées, parce qu'on peut donner un effet rétroactif au choix que fera la femme.

§ II. *Des coutumes qui se sont écartées du principe qui a lieu de droit commun sur le saisissement du douaire.*

168. Parmi les coutumes qui se sont écartées du principe qui saisit la femme de plein droit du douaire, soit coutumier, soit conventionnel, les unes s'en sont écartées, tant à l'égard du douaire coutumier que du conventionnel :

Telle est la coutume de Normandie, qui dit indistinctement : « *Douaire* « n'est dû, sinon du jour qu'il est demandé, s'il n'est autrement convenu par « le contrat de mariage. »

D'autres, comme Senlis, Etampes, Châteauneuf, ne s'en sont écartées qu'à l'égard du douaire conventionnel : elles saisissent de plein droit la femme du douaire coutumier, et elles veulent que le conventionnel soit demandé, et que les arrérages n'en soient dus que du jour de la demande.

La coutume de Blois est singulière, et au rebours des autres; elle dit, art. 190, que *le douaire préfix est dû du jour du trépas; et le coutumier, du jour qu'il est requis, et non plus tôt* [2].

---

[1] L'art. 2277, C. civ., qui établit la prescription quinquennale peut être invoqué par les héritiers du mari toutes les fois que le douaire consistera en prestations annuelles ou périodiques.

Art. 2277 : « Les arrérages de ren- « tes perpétuelles et viagères ;—Ceux « des pensions alimentaires ; — Les « loyers des maisons, et le prix de « ferme des biens ruraux ; — Les inté- « rêts des sommes prêtées, et généra- « lement tout ce qui est payable par « année, ou à des termes périodiques « plus courts, — Se prescrivent par « cinq ans. »

[2] Une pareille variété de législation sur une question aussi simple est fort étonnante.

§ III. *Quelle est la disposition de la coutume d'Orléans sur le dessaisissement du douaire.*

169. Notre coutume d'Orléans ne s'est pas bien nettement expliquée sur ce point : après avoir dit en l'art. 219, que la femme qui a un douaire préfix, n'a le choix du coutumier que lorsque ce choix lui a été accordé par le contrat de mariage, elle ajoute : *Si le douaire coutumier est choisi, se doit demander; et jusqu'à ce qu'il soit demandé, n'est dû.*

Cette disposition, de la manière dont elle est conçue, donne lieu à deux questions.

La première est de savoir ce qu'on doit décider dans cette coutume à l'égard du douaire préfix, sur lequel elle ne s'est pas expliquée.—Lalande, sur cet article, estime qu'il faut décider, de même qu'à l'égard du coutumier, que les fruits et intérêts n'en sont dus que du jour de la demande. Ce sentiment de Lalande ne convient pas au texte. Si la coutume eût voulu que l'un et l'autre douaires fussent demandés, elle aurait dit indistinctement que le douaire doit être demandé; elle n'aurait pas dit, comme elle le dit, que *si c'est le douaire coutumier qui est choisi, il se doit demander.* En disant cela du douaire coutumier, elle laisse à conclure qu'il n'en est pas de même du douaire préfix, suivant cette maxime : *Qui dicit de uno, negat de altero*, et que celui-ci n'a pas besoin, ou du moins n'a pas toujours besoin d'être demandé.

Je vois pratiquer ici une distinction qui me paraît assez plausible. Lorsque le douaire préfix consiste, ou dans la jouissance de quelque héritage de la succession, ou dans une pension viagère, la douairière, par la force de la clause de dessaisine-saisine, qu'on met dans les actes devant notaires, et qui, selon l'art.278 de cette coutume, y équipolle à tradition de fait, est censée saisie de plein droit, soit de la jouissance de l'héritage, soit de la pension viagère, aussitôt que le douaire est ouvert; c'est-à-dire, dès l'instant du décès; et les fruits et les arrérages lui en sont dus de ce jour; mais lorsque le douaire préfix ne consiste que dans la créance d'une somme d'argent, les intérêts n'en sont dus que du jour de la demande[1].

170. La seconde question est de savoir si cette décision de la coutume d'Orléans, que le douaire coutumier doit être demandé, ayant été faite à l'occasion du cas particulier auquel la femme a le choix du douaire coutumier ou du conventionnel, elle doit être restreinte à ce cas; ou si c'est une décision générale qui doit pareillement avoir lieu dans le cas auquel il n'y a pas de douaire conventionnel.

Lalande, sur cet article, décide avec raison que la décision de notre coutume est générale. En vain opposerait-on que la coutume a pu, par cette décision, se fonder sur une raison particulière, au cas auquel la femme a le choix, qui est, que, tant qu'il est incertain lequel des deux douaires aura la femme, elle ne peut être saisie d'aucun des deux. Cette raison mène seulement à décider que la femme, en ce cas, n'est pas saisie de son douaire dès le décès de son mari, et qu'elle ne l'est que lorsqu'elle a déclaré son choix; mais il ne suit pas de là qu'elle doive faire demande de son douaire : la coutume, en déclarant par cet article que *la femme doit en faire la demande,* déclare manifestement qu'elle a rejeté le principe suivi par les coutumes qui saisissent de plein droit la femme du douaire coutumier.

§ IV. *Par quelle coutume doit-on décider si la femme est saisie de plein droit, ou non, de son douaire.*

171. La question ne peut guère souffrir de difficulté à l'égard du douaire

---

[1] C'est la distinction que nous avons indiquée sous le n° 164, (*V.* ci-dessus p. 379, note 1) en faisant toutefois remarquer qu'il n'est plus besoin aujourd'hui d'insérer la clause de dessaisine-saisine.

coutumier. La femme en est saisie de plein droit, lorsque la coutume qui le lui accorde et de qui elle le tient, est du nombre des coutumes qui saisissent de plein droit la femme de son douaire. Au contraire, la femme n'en est pas saisie, et elle est obligée de le demander, lorsque la coutume qui le lui défère est du nombre de celles qui obligent la femme à le demander.

Par exemple, lorsqu'un Parisien qui s'est marié sans constituer un douaire conventionnel à sa femme, avait, au temps des épousailles, des héritages et autres immeubles sous la coutume de Paris, et d'autres sous celle de Blois, la douairière sera saisie de plein droit de son douaire sur les biens de Paris; mais elle sera tenue de demander le douaire qu'elle a sur les héritages situés sous celle de Blois; car cette coutume qui le lui défère, ne l'en saisit pas; elle dit au contraire, que *douaire est dû du jour qu'il est demandé.*

172. Si ce Parisien, qui avait des rentes constituées lorsqu'il a contracté mariage à Paris, a depuis transféré son domicile dans le Blaisois, où il est mort, la femme sera-t-elle saisie de plein droit de son douaire sur lesdites rentes?

La raison de douter est, que les rentes constituées étant régies par la loi du domicile de la personne à qui elles appartiennent, les rentes que le mari avait lorsqu'il s'est marié, sont, par la translation du domicile du mari dans le Blaisois, passées sous l'empire de la coutume de Blois; elles ne sont plus sous l'empire de celle de Paris. La coutume de Paris ne peut donc pas saisir la femme lors du décès du mari, de son douaire sur lesdites rentes, sur lesquelles elle n'a plus aucun empire.

Je pense néanmoins qu'on doit décider que la femme est saisie de plein droit de son douaire sur lesdites rentes. La raison est, qu'il suffit pour cela qu'elles aient été soumises à l'empire de la coutume de Paris, au temps auquel le mariage a été contracté. C'est en ce temps que cette coutume les a affectées et assujetties au douaire, de manière que la femme en dût être saisie aussitôt que la mort de son mari arriverait. Quoique au temps auquel ce saisissement s'effectue, ces rentes aient cessé d'être soumises à l'empire de la coutume de Paris, il suffit, pour qu'il doive s'effectuer, qu'elles y aient été soumises au temps du mariage, qui est la cause qui le produit.

Vice versâ, si un Blaisois qui avait des rentes constituées lorsqu'il s'est marié, avait tranféré son domicile à Paris, où il est mort; quoique les rentes soient, par la translation de son domicile à Paris, passées sous l'empire de la coutume de Paris, néanmoins la douairière ne sera pas saisie de plein droit de son douaire coutumier sur lesdites rentes, du jour du décès de son mari, et les arrérages ne commenceront à courir à son profit, pour la part qu'elle y a, que du jour de sa demande. La raison est, que c'est la coutume de Blois qui a donné à la femme le droit de douaire qu'elle a sur lesdites rentes, lesquelles, lorsque le mariage a été contracté, et lorsqu'elles ont été assujetties au douaire, étaient sous l'empire de cette coutume; d'où il suit que la femme est tenue de faire la demande de ce douaire, puisque la coutume de Blois, de qui elle le tient, ne le lui accorde qu'à la charge d'en faire la demande. La coutume de Paris, sous l'empire de laquelle les rentes ont passé, ne peut pas la saisir du droit de douaire qu'elle a sur lesdites rentes, puisque ce n'est pas cette coutume qui le lui donne.

173. A l'égard des rentes qui sont venues au mari pendant le mariage, de la succession de ses père et mère ou autres ascendants, ces rentes n'ayant pu devenir sujettes au douaire de la femme que depuis que le mari y a succédé, ce ne peut être que la loi qui régissait lesdites rentes au temps auquel le mari y a succédé, qui est celle du lieu où était alors son domicile, qui ait assujetti lesdites rentes au douaire de la femme; c'est par conséquent par cette loi qu'on doit décider de quelle manière elles y sont assujetties, et si la femme en est saisie de plein droit.

Passons au douaire conventionnel. Lorsqu'il consiste dans l'usufruit d'un

certain héritage, c'est encore la coutume sous laquelle l'héritage est situé, qui doit décider si la douairière en doit être saisie de plein droit, ou non.

Par exemple, si un Parisien a donné pour douaire à sa femme l'usufruit d'un héritage situé sous la coutume de Ponthieu, qui ne saisit pas les femmes de leur douaire, la femme, lors de l'ouverture du douaire, n'en sera pas saisie de plein droit; il faudra qu'elle le demande. La raison est, qu'il est de la nature des conventions, qu'elles ne peuvent seules et par elles-mêmes produire qu'une créance de la chose portée en la convention, et ne peuvent transférer aucun droit dans cette chose. Elles ne peuvent donner *jus in re,* mais seulement *jus ad rem : Traditionibus, non nudis conventionibus dominia rerum transferentur* [1].

Suivant ces principes, la convention de douaire ne peut seule et par elle-même saisir la femme de son droit de douaire; il n'y a que la loi qui puisse l'en saisir de plein droit; sinon la femme ne peut l'être que par la tradition, ou prise de possession faite en exécution de la convention; mais dans cette espèce, ce n'est pas la coutume de Paris qui peut saisir la femme de son douaire sur l'héritage porté par la convention; cette coutume ne pouvant agir ni exercer aucun empire sur un héritage situé hors de son ressort. La femme ne peut pas non plus en être saisie par la coutume de Ponthieu, qui est du nombre de celles qui ne saisissent pas les femmes de leur douaire. Le douaire conventionnel n'étant, dans cette espèce, qu'une simple créance de la chose portée par la convention, qui ne gît qu'en action, les fruits de la chose portée par la convention, ne sont dus à la douairière que du jour de sa demande; à moins qu'elle ne fût expressément convenue qu'ils seraient dus du jour de l'ouverture du douaire; auquel cas la femme ne serait pas pour cela saisie de son douaire, mais elle serait créancière des fruits perçus par l'héritier depuis l'ouverture du douaire, quoique avant la demande, comme de choses contenues en la convention et créance du douaire.

Dans le cas inverse, lorsqu'un homme domicilié sous la coutume de Ponthieu a donné pour douaire l'usufruit d'un héritage situé sous celle de Paris, la femme, lors de l'ouverture du douaire, sera saisie de plein droit de son douaire sur cet héritage, qui est sous l'empire de la coutume de Paris, laquelle saisit de plein droit les douairières du douaire, soit coutumier, soit conventionnel, qu'elles ont sur les héritages soumis à son empire.

Quand même, par le contrat de mariage, il y aurait soumission à une coutume, ce ne serait pas cette coutume, mais celle sous laquelle les héritages sujets au douaire sont situés, qui réglerait si la femme a dû, ou non, être saisie de plein droit de son douaire : car la soumission à une coutume n'est qu'une convention qui ne peut par elle-même saisir la femme de son douaire; elle n'en peut être saisie que par une loi qui saisit les femmes de leur douaire sur les héritages sujets à son empire.

Lorsque le douaire conventionnel consiste dans l'usufruit de quelques rentes constituées, ces rentes n'ayant aucune situation, étant des droits person-

---

[1] Les rédacteurs du Code civil ont admis un principe contraire; aujourd'hui les conventions sont immédiatement translatives de propriété ou de droits réels. *V.* art. 711 et 1138, C. civ.

Art. 711 : « La propriété des biens « s'acquiert et se transmet par succes- « sion, par donation entre-vifs ou tes- « tamentaire, et par l'effet des obliga- « tions. »

Art. 1138 : « L'obligation de livrer « la chose est parfaite par le seul con- « sentement des parties contractantes. « — Elle rend le créancier proprié- « taire et met la chose à ses risques « dès l'instant où elle a dû être livrée, « encore que la tradition n'en ait point « été faite, à moins que le débiteur ne « soit en demeure de la livrer; auquel « cas la chose reste aux risques de ce « dernier. »

nels, qui sont régis par la coutume du lieu du domicile du créancier à qui elles appartiennent, c'est la coutume du lieu du domicile qu'avait le mari lors du contrat de mariage, qui doit régler si la femme doit être saisie de plein droit, ou non, de son douaire.

Il en est de même lorsque le douaire conventionnel consiste dans une rente viagère, ou dans une somme d'argent dont le mari se constitue débiteur.

CHAPITRE IV.

Des actions auxquelles donne lieu l'ouverture du douaire.

L'ouverture du douaire coutumier donne lieu principalement à l'action de partage, et à l'action *confessoria servitutis usufructûs.*

Elles feront chacune la matière d'un article.

Nous traiterons dans un troisième article, des actions auxquelles donne lieu l'ouverture du douaire conventionnel.

ART. Ier. — De l'action de partage.

174. Par l'ouverture du douaire coutumier, la jouissance des héritages et autres immeubles qui y sont sujets, devient commune entre la femme douairière, à qui en appartient la moitié ou le tiers, suivant les différentes coutumes, et les héritiers du mari, auxquels en appartient le surplus.

De cette communauté naît l'action *communi dividundo*, ou action de partage, qui peut être donnée, soit par la douairière contre les héritiers du mari, soit par lesdits héritiers contre la douairière, aux fins de partage de cette jouissance[1].

Nous traiterons,—1° de la forme de ce partage; — 2° des raisons respectives que les parties doivent s'y faire; — 3° de la garantie qui en naît.

§ I. *De la forme du partage qui est à faire entre la douairière et l'héritier du mari.*

Pour parvenir à ce partage, on doit commencer par procéder à une estimation du revenu que produisent chacun des héritages et autres immeubles sujets au douaire. Cette estimation se fait ou par les parties, ou, lorsqu'elles ne s'accordent pas, par des experts dont elles conviennent.

Après cette estimation faite, on dresse une masse de tous les héritages et autres immeubles sujets au douaire, dont la jouissance est à partager entre la douairière et les héritiers du mari, et chacun desdits héritages ou immeubles est compris pour le revenu qu'il produit.

Le manoir que l'aîné choisit pour son droit d'aînesse ne doit pas être excepté de cette masse; car les coutumes donnent à la douairière l'usufruit de la moitié ou du tiers de tous les héritages que le mari avait au jour des épousailles, et qu'il a eus depuis en directe, sans en rien excepter; et l'aîné n'a son droit d'aînesse que vis-à-vis de ses frères et sœurs, et non vis-à-vis de la douairière.—La coutume de Poitou, art. 162, ne veut pas à la vérité que la douairière puisse avoir le *principal* hébergement, au préjudice et sans le consentement de l'héritier du mari; mais elle ajoute, que *c'est à la charge de récompenser la douairière, par estimation, de la part qu'elle y a.*

---

[1] Cette action ne pourrait avoir lieu aujourd'hui qu'autant que le douaire aurait été accordé à titre universel sur une fraction des biens du mari.

La masse étant arrêtée, doit se partager en deux lots, l'un pour la douairière, l'autre pour les héritiers du mari.

Dans les coutumes qui ne donnent que le tiers à la douairière, on en fait trois, deux desquels sont pour l'héritier du mari, et un pour la douairière.

C'était un ancien usage, qui a été retenu par plusieurs coutumes, dans les provinces de Champagne, Picardie et Artois, que c'est la douairière qui doit dresser cette masse, faire l'estimation, composer les lots et en donner le choix à l'héritier du mari. Loisel en a fait une maxime : *La douairière lotit, et l'héritier choisit ;* . liv. 1, tit. 3, règle 22.

C'est avec raison que la douairière est chargée de faire les lots, devant avoir plus de connaissance que l'héritier du mari, du revenu de ces héritages, dont elle a joui conjointement avec son mari pendant le temps du mariage. D'un autre côté, l'héritier du mari n'a pas lieu de craindre que la douairière blesse l'égalité dans les lots, puisqu'il en a le choix [1].

Dumoulin, en sa note sur l'article 50 de la coutume de Châlons, fait une exception pour le cas auquel la douairière serait mineure ; et il dit, qu'elle peut en ce cas s'excuser de faire les lots, et demander que le partage soit fait par des arbitres ; et que l'héritier peut pareillement le demander, de crainte que si la femme mineure faisait les lots, elle ne se fît restituer pour cause de minorité, contre son opération : *Fallit,* dit-il, *si est minor viginti-quinque annis, quia ipsa potest supplicare judici ut fiat per arbitrum, vel etiam contra eam supplicari potest, ne restituatur in integrum.*

175. Tant que l'héritier ne demande pas le partage, la douairière peut jouir tant qu'elle le voudra par indivis, et ne procéder au lotissement que lorsqu'elle se lassera de l'indivis ; mais lorsque l'héritier demande le partage, le plus grand nombre de ces coutumes donnent à la douairière un terme de quarante jours pour faire les lots, à compter du jour de la sommation qui lui est faite par l'héritier de les faire ; au bout duquel temps elles veulent que la douairière qui est en demeure, soit privée pour l'avenir de sa part dans la jouissance, jusqu'à ce qu'elle ait satisfait à cette obligation ; Laon, art. 45 ; Saint-Quentin, art. 96, etc.

Plusieurs de ces coutumes chargent la douairière seule des frais du partage, sauf de ceux de contestation, dans le cas auquel l'héritier en ferait de mauvaises ; Amiens, art. 117 ; Ponthieu, art. 53, etc.

176. Cette forme de partage n'est observée que pour les héritages situés sous les coutumes qui ont ces dispositions.

A Paris, à Orléans, et dans toutes les autres coutumes qui n'ont pas ces dispositions, le partage qui est à faire de la jouissance des héritages sujets au douaire coutumier, entre la douairière et l'héritier, se fait à frais communs : la masse, l'estimation et les lots se font par les parties ; ou si elles ne peuvent s'accorder, par des arbitres nommés par elles, ou par le juge, faute par elles d'en nommer ; et ces lots se tirent au sort [2].

Lorsque les lots sont inégaux, le plus fort doit être chargé envers le plus faible, d'un retour en une rente payable par chacun an, pendant tout le temps que durera le douaire, c'est-à-dire pendant tout le temps de la vie de la douairière [3].

§ II. *Des raisons respectives qu'ont à se faire quelquefois la douairière et l'héritier.*

177. La douairière et l'héritier du mari ont quelquefois des raisons à se faire l'un et l'autre au partage.

---

[1] Cette manière d'opérer était assez ingénieuse.

[2] C'est ainsi qu'il faut procéder aujourd'hui, si la libéralité, même en usufruit, est à titre universel.

[3] Ce sont les principes consacrés par le Code civil pour tous les partages en général.

L'héritier a des raisons à faire à la douairière,

1° Dans le cas du rachat fait durant le mariage, de quelques rentes dues au mari, sujettes au douaire, ou de l'aliénation nécessaire de quelques héritages sujets au douaire. Le droit de douaire que la femme avait dans lesdits héritages et rentes, étant en ce cas transféré sur les sommes reçues pour le rachat desdites rentes, ou pour le prix de l'aliénation desdits héritages, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 73, l'héritier doit payer à la douairière, pendant tout le temps que doit durer son usufruit, les intérêts de la moitié ou du tiers desdites sommes, suivant les différentes coutumes.

2° Il en est de même à l'égard des sommes reçues par le mari, dans les espèces qui sont rapportées aux n°s 82 et 83.

3° Lorsque des choses sujettes au douaire ont cessé d'exister par le fait ou la faute du mari, quoique le mari n'ait rien reçu en la place; comme lorsque le mari a éteint une rente sujette au douaire, par la remise volontaire qu'il en a faite au débiteur, ou en la laissant prescrire, l'héritier doit en dédommager la douairière, en lui payant par chacun an, pendant tout le temps que doit durer son usufruit, la même somme qu'elle aurait reçue pour sa part des arrérages de ladite rente, si elle eût existé.

4° Lorsque le mari a fait des dégradations à quelque héritage sujet au douaire, qui en ont diminué le revenu, l'héritier en doit dédommager la douairière, en lui tenant compte par chacun an, pendant le temps que doit durer son usufruit, de ce que l'héritage aurait produit de plus de revenu pour la part qu'elle y a, s'il n'avait pas été dégradé.

178. La douairière peut aussi avoir, de son côté, des raisons à faire à l'héritier.

1° Dans les cas mentionnés *suprà*, n° 38, dans lesquels des héritages ne sont sujets au douaire que sous la déduction de la somme que le mari a déboursée pendant le mariage pour les avoir, ces héritages ne peuvent être compris dans la masse des biens sujets au douaire, dont la douairière a droit de jouir pour moitié ou pour un tiers, suivant les différentes coutumes, qu'à la charge par la douairière de faire raison de cette somme, à proportion de la part qu'elle a dans la jouissance, à l'héritier du mari qui l'a déboursée en lui payant pour cela les intérêts de la moitié ou du tiers de cette somme par chacun an, pendant tout le temps que dure son usufruit, ou en les compensant, comme il sera dit ci-après.

2° Lorsque le mari a déboursé pendant le mariage, des sommes d'agent pour des augmentations à quelque héritage sujet au douaire, qui ent ont augmenté le revenu, la douarière en doit pareillement faire raison à l'héritier, au moins par la voie de la compensation.

3° Lorsque le mari a racheté pendant le mariage, une rente dont il était déjà débiteur au temps des épousailles, la douairière, qui profite du rachat en doit faire raison à l'héritier du mari, au moins par la voie de la compensation.

179. Lorsque la douairière et l'héritier ont chacun des raisons à se faire l'un à l'autre, il s'en fait compensation jusqu'à concurrence.

Par exemple, si le mari avait fait dans quelqu'un des héritages sujets au douaire, des dégradations qui en eussent diminué de 300 liv. le revenu annuel, et que d'un autre côté le mari eût fait sur un autre héritage sujet au douaire, des augmentations qui en augmentassent de 200 liv. le revenu annuel; la raison que l'héritier est obligé de faire à la douairière pour les dégradations, se compense avec celle que la douairière doit faire à l'héritier pour raison des augmentations; au moyen de laquelle compensation, la diminution du revenu annuel des biens sujets au douaire, dont l'héritier doit faire raison à la douairière, se trouve réduite à la somme de 100 liv.; de laquelle somme de 100 liv. l'héritier paiera la moitié, ou le tiers, à la douairière par chacun an, pendant le temps que doit durer son usufruit.

Si le mari avait encore, pendant le mariage, déboursé quelque somme d'argent pour raison de quelque héritage sujet au douaire, *putà*, pour quelque retour de partage, il se fera encore compensation des intérêts que la douairière doit pour raison de ce à l'héritier, avec ceux que l'héritier lui doit.

Pareillement lorsque le mari a, pendant le mariage, reçu le remboursement d'une rente sujette au douaire, ou qu'il l'a, par sa faute, laissé prescrire; si, d'un autre côté, il a racheté une rente qu'il devait dès avant son mariage, et qui par conséquent aurait été à la charge de la douairière, si elle n'eût pas été rachetée, il se fait compensation de la raison que l'héritier doit faire à la douairière de la rente dont le mari a reçu le remboursement, ou qu'il a laissé prescrire, avec la raison que la douairière, doit de son côté, faire à l'héritier pour la rente que le mari a rachetée.

180. Lorsque la femme, en sa qualité de douairière, a quelques raisons à faire à l'héritier, et que l'héritier n'a de son côté aucunes raisons à faire à la femme pour raison du douaire, si la femme est commune, il se fera compensation de ce que la femme, en sa qualité de douairière, doit à l'héritier pour les sommes déboursées par le mari, dont elle profite comme douairière, avec la jouissance de la récompense du mi-denier des sommes, que l'heritier lui doit en la qualité qu'elle a de commune.

C'est ce qui paraîtra en parcourant les trois différents cas ci-dessus mentionnés, dans lesquels la douairière a quelque raison à faire à l'héritier par rapport aux sommes déboursées par le mari durant le mariage.

Dans le premier cas, supposons, par exemple, que le mari qui, au temps des épousailles, était propriétaire par indivis avec d'autres, d'un héritage, s'en est rendu, pendant son mariage, adjudicataire par licitation, et a déboursé pour cet effet une somme de 3,000 liv. pour payer les parts de ses copropriétaires dans le prix de la licitation. Suivant notre principe, la femme en sa qualité de douairière, doit à l'héritier du mari les intérêts de la somme de 1,500 liv., moitié de celle de 3,000 liv., pendant tout le temps que doit durer son usufruit. L'héritier du mari, de son côté, doit à la femme, en la qualité qu'elle a de commune, pareille somme de 1,500 liv. pour le mi-dernier de celle de 3,000 liv., tirée de la communauté par le mari, qui en doit récompense, comme nous l'avons vu en notre *Traité de la Communauté*, n° 629. Il se fait une compensation naturelle des intérêts de la somme de 1,500 liv. que la femme doit, en sa qualité de douairière, pendant le temps de son usufruit, avec ceux de pareille somme de 1,500 liv. que l'héritier lui doit. En conséquence, au moyen de ladite compensation, l'héritier doit jouir de la somme de 1,500 liv. qu'il doit pour le mi-dernier, pendant tout le temps que doit durer l'usufruit de la douairière, sans en payer aucuns intérêts pendant ledit temps.

Dans les coutumes où la portion de la douairière n'est que le tiers, en retenant la même espèce, la femme, en sa qualité de douairière, pour le tiers qu'elle a dans la jouissance des biens sujets au douaire, doit à l'héritier, pendant le temps que durera son usufruit, les intérêts d'une somme de 1,000 liv., tiers de celle de 3,000 liv. déboursée par le mari pendant le mariage, lesquels se compensent avec ceux d'une pareille somme de 1,000 liv. faisant les deux tiers de celle de 1,500 liv. qui lui est due, en sa qualité de commune, pour son mi-denier. En conséquence l'héritier aura la jouissance, pendant le temps que durera l'usufruit de la douairière, des deux tiers seulement du mi-denier qu'elle doit.

181. Ces compensations se font de la même manière dans le second cas, qui est celui auquel le mari a déboursé, pendant le mariage, quelque somme d'argent pour des augmentations faites à quelque héritage sujet au douaire, et qui en ont augmenté le revenu.

182. Dans le troisième cas, qui est celui auquel le mari a acquitté pendant le mariage quelque charge du douaire, supposons qu'il a racheté des deniers

de la communauté une rente de 300 liv. par an, dont il était débiteur dès le temps des épousailles. La douairière, qui, par ce rachat, se trouve déchargée de 150 liv. de rente qu'elle aurait été obligée de payer au créancier pendant tout le temps qu'aurait duré son usufruit, doit en récompenser l'héritier du mari par la voie de la compensation, en le déchargeant, pendant tout ledit temps, de la rente de 150 liv. que ledit héritier est tenu de lui continuer en la qualité qu'elle a de commune, suivant l'art. 245 de la coutume de Paris.

Dans les coutumes où la portion de la douairière n'est que le tiers, la femme, qui n'eût été tenue que du tiers de ladite rente, montant à 100 liv., si elle n'eût pas été rachetée, fera seulement déduction à l'héritier de 100 liv. par chacun an, pendant tout le temps que doit durer son usufruit, sur les 150 liv. de rente qu'il est tenu de lui continuer.

Rien n'est si équitable que ces compensations. L'équité ne permet pas que la femme demande récompense de la part qu'elle avait, en qualité de commune, dans les sommes que son mari a tirées, pendant qu'elle profite desdites sommes comme douairière.

183. Il n'y a pas lieu à cette compensation lorsque l'héritier avait de son côté des raisons à faire à la douairière, pour raison du douaire, dont il s'est fait compensation avec celles que la douairière lui doit faire; autrement il se ferait payer deux fois.

Il est évident qu'il ne peut y avoir lieu à cette compensation lorsque la douairière a renoncé à la communauté; car ne lui étant dû en ce cas aucune récompense pour les sommes que son mari a tirées de la communauté, dans les biens de laquelle elle n'a rien à prétendre, elle n'a rien qu'elle puisse compenser avec les choses dont elle doit faire raison à l'héritier, qu'on suppose n'avoir de son côté aucune raison à faire à la douairière.

184. La douairière, qui n'a en ce cas aucune compensation à opposer, ne peut se dispenser de payer à l'héritier, pour la part qu'elle a dans la jouissance des héritages sujets au douaire, pendant tout le temps que durera cette jouissance, les intérêts de la somme que le mari a payée pendant le mariage pour quelqu'un desdits héritages, qui n'est sujet au douaire que sous la déduction de cette somme, comme nous l'avons vu *suprà*.

185. Dans les deux autres cas, lorsque le mari a déboursé pendant le mariage quelque somme pour des augmentations à un héritage sujet au douaire, qui en ont augmenté le revenu, ou pour le rachat de quelque rente par lui due, à laquelle la douairière eût contribué, si elle n'eût pas été rachetée, ne pouvant y avoir lieu à la compensation, au moyen de ce que la douairière a renoncé à la communauté, ou de ce qu'il y a exclusion de communanté, l'héritier est-il fondé à demander à la douairière les intérêts de cette somme, pour la part qu'elle a dans la jouissance des héritages sujets au douaire, pendant tout le temps que doit durer cette jouissance?

Les avis sont différents sur cette question. Duplessis et Renusson tiennent la négative : ils disent que le mari, en faisant ces augmentations et en rachetant cette rente, n'a eu d'autre vue que d'améliorer et de libérer son bien, comme le font tous les bons pères de famille; qu'on ne doit donc point supposer en lui aucune vue d'avantager sa femme, ni aucune intention de faire contracter à sa femme aucune obligation, d'où puisse naître aucune action contre elle. Le mari, en faisant ces augmentations, en rachetant cette rente, *proprium negotium gerebat, non negotium uxoris, quamvis per accidens profuerit uxori.* Renusson autorise son opinion par un arrêt du 13 août 1622, rendu au profit de la dame de L'Encosme, par lequel il dit avoir été jugé qu'elle devait jouir de son douaire, sans être tenue de récompenser l'héritier du mari des rentes acquittées par le mari durant le mariage.

La coutume de Normandie, en l'art. 396, a une disposition conforme à cette opinion. Il y est dit : « Si le mari, constant le mariage, décharge les hé-

« ritages à lui appartenant lors de ses épousailles.... des rentes hypothécaires « et foncières.... la femme a le tiers entier pour son douaire, déchargé desdites rentes racquittées, comme s'ils n'eussent point été chargés lors et « avant les épousailles. »

On ne peut dénier plus formellement à l'héritier la récompense. Cette coutume néanmoins l'accorde par la voie de la compensation, lorsqu'il peut y avoir lieu; car elle dit en l'article suivant : « Si le mari a vendu de son propre « pour faire ledit racquit, la femme prenant douaire sur les héritages déchargés, ne pourra prendre douaire sur ledit héritage vendu. »

Nonobstant ces raisons, Lemaître, sur la coutume de Paris, pense que, même *cessante compensatione*, l'héritier est bien fondé à demander à la douairière récompense de ce dont elle profite du rachat des rentes et des augmentations faites par le mari pendant le mariage.

Il n'est pas, selon lui, nécessaire que le mari, pendant le mariage, en faisant le rachat de ces rentes et ces augmentations, ait eu intention d'avantager sa femme, et d'augmenter le revenu de son douaire : il suffit qu'elle en soit effectivement avantagée, et que le revenu de son douaire soit effectivement augmenté aux dépens du mari, pour que l'héritier soit fondé à demander cette récompense. De même que le revenu du douaire ne peut être diminué par le fait du mari, sans que la femme en soit récompensée; il ne doit pas non plus pouvoir être augmenté aux dépens du mari, sans que la femme en récompense l'héritier du mari. — J'inclinerais pour cette seconde opinion.

§ III. *De la garantie qui naît du partage entre la douairière et l'héritier.*

186. Ce partage produit, comme tous les autres partages, une obligation de garantie entre les copartageants.

En conséquence, lorsque l'un des copartageants a souffert éviction de la jouissance d'un héritage échu en son lot, l'autre copartageant est tenu de lui faire raison pour sa part, par chacun an, pendant tout le temps que durera le douaire, de la somme à laquelle a été estimée, par le partage, la jouissance dont il a été évincé.

Par exemple, supposons que la masse qui a été partagée par moitié entre la douairière et l'héritier du mari, fût de 1,200 livres de revenu. On a délivré par le partage à la douairière des héritages pour 600 livres de revenu : elle a été évincée de l'un de ces héritages, qui était de 300 livres. L'héritier, qui de son côté n'a souffert aucune éviction, doit, pour la garantie dont il est tenu envers elle, lui faire raison de 150 livres par chacun an, moitié du revenu de 300 livres dont elle a été évincée ; au moyen de quoi la douairière et l'héritier auront chacun 450 livres de revenu, qui est la moitié qu'ils doivent avoir chacun dans les 900 livres de revenu auxquelles a été, par cette éviction, réduite la masse qui est à partager entre eux.

Dans les coutumes où le douaire n'est que du tiers ; si, pour le tiers de la douairière dans une masse de 1,200 livres, on lui a délivré des héritages pour 400 livres de revenu, et qu'elle ait été évincée de l'un de ces héritages de 300 livres de revenu, l'héritier, tenu pour les deux tiers de la garantie, doit faire raison à la douairière de 200 livres de revenu par chacun an ; au moyen de quoi, avec les 100 livres de revenu qui lui restaient, elle aura 300 livres de revenu, qui fait le tiers des 900 livres, somme à laquelle la masse a été réduite.

Lorsque c'est l'héritier qui a souffert éviction, la douairière, tenue de la garantie pour la part qu'elle a dans la masse, doit faire raison à l'héritier de la même manière [1].

---

[1] Cette garantie réciproque est encore aujourd'hui une des conséquences légales du partage.

Voyez, sur cette garantie, ce que nous avons dit en notre *Traité de la Société,* et en celui de la *Communauté entre homme et femme.*

ART. II. — De l'action CONFESSORIA SERVITUTIS USUSFRUCTUS

187. L'ouverture du douaire donne ouverture à l'action *confessoria servitutis ususfructûs.*

Cette action est une action réelle, par laquelle la douairière revendique le droit d'usufruit qui lui a été acquis par l'ouverture du douaire dans les héritages sujets au douaire, pour la portion qui lui en appartient. C'est de cette action qu'il est traité au titre du Digeste *Si ususfructus petatur.*

Cette action étant une action réelle, elle a lieu contre tous ceux qui possèdent les héritages sujets au douaire, soit contre l'héritier, lorsqu'ils se trouvent dans la succession, soit contre les tiers détenteurs, lorsque le mari les a aliénés; L. 5, § 1er, ff. *Si ususfruct. petat.*

188. Lorsque l'action est donnée contre l'héritier, la douairière peut conclure contre lui à la restitution de tous les fruits, nés ou perçus depuis le jour du décès du mari, si l'héritage est situé sous une coutume qui la saisit de plein droit de son douaire.

La femme n'a pas même ordinairement besoin, dans ces coutumes, d'avoir recours à cette action, pouvant, comme nous l'avons vu en l'article précédent, se mettre d'elle-même en possession de la jouissance qui lui appartient dans l'héritage, et même former la complainte contre l'héritier qui l'y troublerait. Elle n'a besoin d'avoir recours à cette action que lorsque le fond de son droit lui est contesté; *putà,* si l'héritier soutenait que l'héritage sur lequel la femme veut exercer son douaire, n'y est pas sujet, n'étant pas venu à son mari en avancement de succession, mais à titre de vente qui lui en aurait été faite par son père; et que la femme soutînt au contraire que son mari l'avait eu en avancement de succession.

Lorsque l'héritage est situé sous une coutume qui ne saisit pas de plein droit la femme de son douaire, elle est obligée d'avoir recours à cette action contre l'héritier, et elle ne peut conclure contre lui à la restitution des fruits, sinon de ceux nés ou perçus depuis l'exploit de demande.

189. Lorsque la demande est donnée contre un tiers détenteur d'un héritage sujet au douaire, que le mari a aliéné pendant le mariage; quand même l'héritage serait sous une coutume qui saisit de plein droit la femme de son douaire, la femme ne pourra pas conclure contre ce détenteur, possesseur de bonne foi, à la restitution des fruits, si ce n'est de ceux ou nés ou perçus depuis l'exploit de demande : car, comme nous l'avons vu en l'article précédent, les coutumes ne saisissent la femme de plein droit de son douaire, que sur les héritages qui se trouvent dans la succession du mari; mais comme le mari n'a pu préjudicier à la femme, en aliénant les héritages sujets au douaire, dont elle aurait partagé les fruits du jour de l'ouverture du douaire, si le mari n'avait pas aliéné lesdits héritages, elle en doit être indemnisée par l'héritier du mari.

190. Observez aussi que la douairière n'est reçue à donner cette action contre les tiers détenteurs des héritages sujets au douaire, que lorsque son mari n'a pas laissé dans sa succession assez d'héritages sujets au douaire, pour lui fournir la portion qu'elle doit avoir dans l'usufruit de la totalité desdits héritages; car ce n'est pas dans une portion de l'usufruit de chacun desdits héritages, mais dans une portion de l'usufruit de la totalité, que consiste le douaire, auquel le mari n'a pas donné atteinte par les aliénations qu'il a faites, lorsque la femme trouve dans les héritages sujets au douaire, restés en la succession du mari, de quoi en être remplie.

191. Lorsque le mari a aliéné tous les héritages sujets au douaire, ou lors-

qu'il n'en a pas laissé dans sa succession suffisamment pour remplir la douairière de sa portion, c'est le cas auquel la douairière peut, par cette action, revendiquer son douaire contre les tiers détenteurs des héritages qui y sont sujets, à commencer par les détenteurs des héritages qui ont été aliénés en dernier lieu, et ainsi en remontant, contre les détenteurs des héritages dont l'aliénation a entamé la portion qui lui appartient pour son douaire.

A l'égard des héritages qui ont été aliénés les premiers; quoiqu'ils soient du nombre de ceux qui composent la masse dans laquelle la douairière doit avoir une portion, la douairière n'a aucune action contre ceux qui en sont détenteurs, si l'aliénation qui en a été faite, n'a pas entamé cette portion; ceux qui restaient étant suffisants pour la fournir[1].

192. Lorsque la femme a consenti aux aliénations des héritages sujets au douaire, qui ont entamé la portion du douaire, ce consentement l'exclut de son action contre les détenteurs desdits héritages; sauf à elle à s'en faire indemniser par l'héritier du mari.

Quoique la femme n'ait pas consenti à ces aliénations; si elle a accepté la communauté qui était entre elle et son mari, étant, en cette qualité de commune, tenue pour moitié de l'obligation de garantie que son mari a contractée envers les acquéreurs desdits héritages, elle serait, pour ladite moitié, exclue de son action contre eux, suivant la règle : *Quem de evictione tenet actio, eum agentem repellit exceptio;* sauf à elle à s'en faire indemniser par l'héritier du mari.

ART. III. — Des actions auxquelles donne lieu l'ouverture du douaire conventionnel.

193. Lorsque le douaire conventionnel consiste dans une portion en usufruit des héritages du mari, l'ouverture de ce douaire donne lieu, de même que celle du coutumier, à l'action de partage, et à l'action *confessoria ususfructûs.*

Lorsqu'il consiste dans l'usufruit d'un certain héritage, l'ouverture du douaire donne seulement lieu à l'action réelle *confessoria ususfructûs* contre le possesseur de l'héritage; c'est-à-dire contre l'héritier, s'il est dans la succession; ou contre le tiers détenteur, si le mari l'avait aliéné. La douairière peut même, dans les coutumes où le douaire saisit de plein droit, lorsque l'héritage se trouve dans la succession du mari, se mettre d'elle-même en possession de l'usufruit de cet héritage, et former la complainte contre ceux qui l'y troubleraient.

Lorsque le douaire conventionnel consiste ou dans une rente viagère, ou dans une somme d'argent, soit en usufruit, soit en propriété, ce douaire est

---

[1] On procède encore ainsi contre les donataires pour opérer les réductions des donations qui excèdent la quotité disponible, V. art. 923 et 930, C. civ.

Art. 923 : « Il n'y aura jamais lieu à « réduire les donations entre-vifs, « qu'après avoir épuisé la valeur de « tous les biens compris dans les dis- « positions testamentaires; et lorsqu'il « y aura lieu à cette réduction, elle se « fera en commençant par la dernière « donation, et ainsi de suite en remon- « tant des dernières aux plus anciennes.

Art. 930 : « L'action en réduction « ou revendication pourra être exer- « cée par les héritiers contre les tiers « détenteurs des immeubles faisant « partie des donations et aliénés par « les donataires, de la même manière « et dans le même ordre que contre « les donataires eux-mêmes, et discus- « sion préalablement faite de leurs « biens. Cette action devra être exer- « cée suivant l'ordre des dates des alié- « nations, en commençant par la plus « récente. »

une dette de la personne et succession du mari, d'où naît une action personnelle qu'a la douairière contre tous les héritiers et successeurs à titre universel aux biens de son mari, qui en sont tenus chacun pour la part qu'ils ont dans les biens de ladite succession.

Si la douairière était elle-même donataire à titre universel d'une quotité des biens de son mari, elle devrait, par la même raison, faire confusion sur elle de ce douaire, quant à la part pour laquelle elle est tenue des autres dettes de la succession. C'est ce qui a été jugé par arrêt du 11 août 1710, rapporté au supplément du 5e tome du *Journal des Audiences* (liv. 10, ch. 21).

Outre l'action personnelle, la douairière a encore l'action hypothécaire contre chacun des héritiers de son mari qui possède quelque immeuble de sa succession. Ils sont tenus de cette action chacun pour le total.

Elle a aussi cette action contre les tiers acquéreurs des biens hypothéqués à son douaire. *Voyez*, sur l'hypothèque du douaire, *infrà*, part. 2, chap. 3, art. 3.

Elle n'a pas le droit d'exécution, et ne peut procéder par voie de commandement contre les héritiers de son mari, jusqu'à ce qu'elle ait fait déclarer exécutoire contre eux son contrat de mariage, ou qu'ils se soient obligés envers elle par acte devant notaires : car le droit d'exécution n'a lieu que contre la personne qui s'est elle-même obligée, ou qui a été condamnée.

CHAPITRE V.

Du droit d'usufruit de la douairière sur les héritages et autres immeubles qui y sont sujets.

Nous considérerons dans ce droit d'usufruit trois choses :—1° le droit de percevoir les fruits des héritages et autres immeubles sujets au douaire ;— 2° les obligations de la douairière attachées au droit d'usufruit ;—3° ses charges ; — 4° à quoi l'usufruit de la douairière oblige-t-il envers elle le propriétaire des héritages qui y sont sujets.

ART. Ier. — Du droit de percevoir les fruits des héritages et autres droits immobiliers sujets au douaire.

194. Le droit de la douairière, de même que celui des autres usufruitiers, consiste dans celui de percevoir les fruits des héritages et autres immeubles sujets au douaire, pour la part qu'elle y a, qui seront à percevoir ou qui naîtront pendant tout le temps de son usufruit ; c'est-à-dire, à l'égard des coutumes qui la saisissent de plein droit, tous ceux qui seront à percevoir ou qui naîtront depuis le décès du mari jusqu'à la fin dudit usufruit ; et à l'égard des autres coutumes, depuis la demande que la douairière a faite de son douaire, ou depuis que l'héritier, avant aucune demande, l'en a volontairement saisie.

En cela l'usufruit de la douairière diffère de celui d'un titulaire de bénéfice ; celui-ci n'acquiert les fruits perçus pendant le temps de son usufruit, qu'au prorata du temps qu'a duré son usufruit.

Par exemple, si un titulaire a pris possession de son bénéfice le 1er de septembre, et qu'il soit mort le 1er janvier suivant ; le temps de son usufruit n'ayant duré que le tiers d'une année, il ne retiendra que le tiers de la vendange qu'il a faite, qui est le fruit d'une année. Au contraire la douairière,

quelque peu de temps qu'ait duré son usufruit, acquiert entièrement, pour la part néanmoins qu'elle a dans la jouissance des héritages sujets à son douaire, tous les fruits qui y ont été perçus, ou qui y sont nés pendant le temps de son usufruit, fussent-ils le fruit de plusieurs années.

Par exemple, si, peu après que la douairière est entrée en possession de son douaire, il s'est fait sur un héritage sujet au douaire, une coupe de bois taillis qu'on a coutume de couper tous les douze ans, et qui est par conséquent le fruit de douze années; quoique la douairière soit morte peu après, et que le temps de son usufruit n'ait pas duré un an, la douairière aura acquis la moitié ou le tiers de toute cette coupe[1].

Vice versâ, lorsqu'il n'y a eu aucuns fruits perçus ou nés pendant le temps de l'usufruit de la douairière, elle n'en peut prétendre aucuns; comme dans le cas auquel elle aurait été saisie de son douaire peu de jours après la récolte, et serait décédée quelques jours avant la récolte suivante.

Cependant si un homme, se voyant à l'extrémité, avait, en fraude du douaire de sa femme, fait récolter les fruits de son héritage avant leur maturité, et qu'il fût mort quelques jours après, avant que la récolte fût faite dans le quartier, la douairière serait bien fondée à prétendre des dommages et intérêts contre l'héritier.

Il en est de même lorsqu'un homme, se voyant malade, a avancé le temps ordinaire d'une coupe de bois, ou de la pêche d'un étang[2].

195. La douairière, de même que les autres usufruitiers, a le droit de percevoir les fruits des héritages sujets à son usufruit, non-seulement par elle-même, mais par les personnes à qui elle juge à propos de céder son droit, sans qu'elle ait besoin pour cela du consentement du propriétaire[3]:

---

[1] L'usufruit donne à l'usufruitier un droit irrévocable à tous les fruits naturels ou industriels perçus pendant sa durée (art. 585, C. civ.); quant aux fruits civils, comme ils s'acquièrent jour par jour ils n'appartiennent à l'usufruitier qu'à proportion de la durée de son usufruit (art. 586, C. civ.).

Art. 585 : « Les fruits naturels et « industriels, pendants par branches « ou par racines au moment ou l'usu- « fruit est ouvert, appartiennent à l'u- « sufruitier. — Ceux qui sont dans le « même état au moment où finit l'usu- « fruit, appartiennent au propriétaire, « sans récompense de part ni d'autre « des labours et des semences, mais « aussi sans préjudice de la portion des « fruits qui pourrait être acquise au « colon partiaire, s'il en existait un au « commencement ou à la cessation de « l'usufruit. »

Art. 586 : « Les fruits civils sont ré- « putés s'acquérir jour par jour, et ap- « partiennent à l'usufruitier, à propor- « tion de la durée de son usufruit. Cette « règle s'applique aux prix des baux à « ferme, comme aux loyers des mai- « sons et aux autres fruits civils. »

A l'égard de l'usufruit des biens dotaux, sous le régime dotal, le mari n'a droit aux fruits de quelque nature qu'ils soient, qu'au prorata seulement du temps qu'a duré le mariage (art. 1571, C. civ.).

Art. 1571 : « A la dissolution du ma- « riage, les fruits des immeubles do- « taux se partagent entre le mari et la « femme ou leurs héritiers, à propor- « tion du temps qu'il a duré, pendant « la dernière année. — L'année com- « mence à partir du jour où le mariage « a été célébré. »

[2] Ces questions de fraude pourraient encore s'élever aujourd'hui, et elles devraient se décider de même.

[3] *V.* art. 595, C. civ.

Art. 595 : « L'usufruitier peut jouir « par lui-même, donner à ferme à un « autre, ou même vendre ou céder son « droit à titre gratuit. S'il donne à « ferme, il doit se conformer, pour les « époques où les baux doivent être re- « nouvelés, et pour leur durée, aux « règles établies pour le mari à l'égard « des biens de la femme, au titre *du « Contrat de mariage et des Droits res- « pectifs des époux* (*V.* p. 435, note 2). »

Cui ususfructus legatus est, etiam invito hœrede eum extraneo vendere potest; L. 67, ff. *de Usufr.*

Le propriétaire doit-il au moins avoir la préférence sur l'étranger à qui l'usufruitier a vendu ou loué son droit?

La question a été autrefois controversée. Plusieurs docteurs pensaient autrefois que le propriétaire devait être admis à cette préférence, lorsqu'il se présentait *rebus integris,* avant que celui à qui l'usufruitier avait vendu ou loué son droit, fût entré en jouissance, et que l'usufruitier était sans intérêt. Brunneman, *ad,* L. 12, ff. *de Uusufr.,* suit cette opinion.

Quelques coutumes l'ont suivie à l'égard du douaire. Celle de Berri, tit. 8, art. 18, donne le droit de retrait au propriétaire, lorsque la douairière a vendu, ou même seulement affermé son douaire. Les coutumes de Sedan, Péronne, Calais, donnent pareillement au propriétaire le droit de retrait sur l'acheteur à qui la douairière a vendu son douaire. Celle du duché de Bourgogne veut aussi que le propriétaire ait la préférence. Je ne crois pas que, dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées, on doive accorder au propriétaire aucune préférence : elle serait préjudiciable à la douairière, qui ne trouverait pas à vendre ou à louer son usufruit aussi avantageusement, si les acquéreurs avaient un retrait à craindre [1].

Le droit qu'a la douairière, de même que les autres usufruitiers, de percevoir les fruits des héritages et autres immeubles sujets à son douaire, soit par elle-même, soit par ceux qui sont à ses droits, s'étend généralement à toutes les espèces de fruits, soit naturels, soit civils : il s'étend même à la jouissance des choses accessoires aux héritages sujets à son usufruit. Nous commencerons par les naturels.

§ Ier. *Des fruits naturels.*

196. Les *fruits naturels* d'une chose, sont des êtres physiques que cette chose produit et reproduit.

Par exemple, les blés et autres grains, les foins, les fruits des vignes et des autres arbres, sont les fruits d'une terre; la pêche d'un étang est le fruit de l'étang; les laines et les agneaux sont les fruits d'un troupeau de moutons.

J'ai dit que les fruits d'une chose sont ce qu'elle produit et reproduit : suivant cette définition, les pierres qu'on tire d'une carrière ne sont pas des fruits de la terre sur laquelle on a établi la carrière; car la terre d'où on les tire, n'en reproduit pas d'autres à la place de celles qu'on a tirées. D'où il suit qu'une douairière, de même que tous les autres usufruitiers, non-seulement ne peuvent pas ouvrir une carrière sur un héritage dont ils jouissent par usufruit; mais quand même la carrière aurait été ouverte avant que l'usufruit ait commencé, ils n'ont pas droit d'en tirer des pierres pour les vendre.

Mais elle pourrait en faire tirer pour les réparations qui sont à faire aux héritages dont elle a la jouissance.

Je pense même qu'elle pourrait ouvrir une marnière pour marner les terres dont elle a l'usufruit; car c'est faire ce que ferait un bon père de famille.

Cette décision peut recevoir une exception à l'égard de certaines carrières qui sont si riches et si abondantes, qu'elles sont regardées en quelque façon comme inépuisables. Lorsque le propriétaire de l'héritage sur lequel elles sont établies, a été dans l'usage de se faire une espèce de revenu de ces carrières, par les pierres qu'il en tirait pour les vendre, les personnes qui succèdent à ce propriétaire à l'usufruit de cet héritage, peuvent user des carrières

[1] Voilà la seule raison qu'on puisse donner pour empêcher ce retrait; car on comprend facilement toute l'utilité qui pourrait résulter pour le nu-propriétaire du droit qui lui serait accordé de rentrer, même en faisant un sacrifice pécuniaire, dans la jouissance de sa chose.

de la même manière qu'il en usait, et s'en faire un pareil revenu[1]. *Voyez* ce que nous en avons dit en notre *Traité de la Communauté*, n° 97.

A plus forte raison, un trésor trouvé dans un fonds de terre où il était caché, n'est pas regardé comme un fruit de cette terre; car non-seulement la terre n'en reproduit pas, mais ce n'est pas même elle qui l'a produit, elle n'en était que la dépositaire. C'est pourquoi la douairière ne peut, en sa qualité d'usufruitière, prétendre aucune part dans le trésor trouvé dans l'héritage dont elle jouit par usufruit; ce trésor doit se partager par tiers, entre celui qui l'a trouvé, le propriétaire de l'héritage, et le seigneur de justice[2].

197. Les bois de haute-futaie qui sont sur un héritage, ne sont pas un fruit; lorsque le propriétaire les abat, il est censé diminuer et entamer son fonds, plutôt que percevoir le fruit de son fonds. En cela les bois de haute-futaie diffèrent des bois taillis, c'est-à-dire, de ceux que l'on coupe lorsqu'ils ont un certain âge, et qu'on laisse repousser pour être pareillement coupés lorsqu'ils auront le même âge, et ainsi successivement. Les coupes de ces bois taillis sont des fruits qui appartiennent à l'usufruitier, lorsqu'il les fait couper pendant le temps de son usufruit, dans les temps auxquels les coupes doivent se faire;

---

[1] Pothier ne distingue que deux classes de fruits, les *fruits naturels* et *les fruits* civils. Les rédacteurs du Code auraient peut-être bien fait d'adopter cette classification, car il n'y a pas d'utilité, dans notre droit, à séparer les fruits naturels des fruits industriels; les uns et les autres sont régis par les mêmes principes.—Quant à sa décision sur les produits d'une carrière déjà ouverte au commencement de l'usufruit, on serait tenté de croire que les rédacteurs du Code se sont, dans l'art. 598, écartés de la doctrine de cet auteur, car en parlant des droits de l'usufruitier ils décident « qu'il jouit aussi, *de la même* « *manière que le propriétaire*, des « mines et carrières qui sont en exploi- « tation à l'ouverture de l'usufruit. » Mais si l'on fait attention que notre auteur distingue deux espèces de carrières : 1° celle que le propriétaire n'aurait ouverte que pour son usage, que pour en extraire les pierres nécessaires à l'entretien et aux réparations ou augmentations de ses édifices; 2° celles qu'il aurait ouvertes par esprit de spéculation, pour en extraire des pierres destinées à être vendues; qu'en ce qui concerne celles de la première classe, Pothier réduit le droit de la douairière à tirer des pierres pour les réparations qui sont à faire aux héritages dont elle a la jouissance, tandis que pour les autres il lui permet de vendre les produits et de s'en faire un revenu, on restera convaincu que la disposition du Code est la reproduction de la doctrine de cet auteur.

Art. 598: « (L'usufruitier) jouit aussi, « de la même manière que le propriétaire, des mines et carrières qui sont en « exploitation à l'ouverture de l'usufruit; « néanmoins, s'il s'agit d'une exploita- « tion qui ne puisse être faite sans une « concession, l'usufruitier ne pourra « en jouir qu'après en avoir obtenu la « permission du roi. — Il n'a aucun « droit aux mines et carrières non en- « core ouvertes, ni aux tourbières dont « l'exploitation n'est point encore com- « mencée, ni au trésor qui pourrait « être découvert pendant la durée de « l'usufruit. »

[2] L'usufruitier, n'a aucun droit, en cette qualité, au trésor qui pourrait être découvert pendant la durée de l'usufruit (art. 598, *in fine*, *V.* la note précédente) et le trésor sera partagé par moitié entre l'inventeur et le nu-propriétaire (art. 716, C. civ.).

Art. 716 : « La propriété d'un trésor « appartient à celui qui le trouve dans « son propre fonds : si le trésor est « trouvé dans le fonds d'autrui, il ap- « partient pour moitié à celui qui l'a « découvert, et pour l'autre moitié au « propriétaire du fonds. — Le trésor « est toute chose cachée ou enfouie sur « laquelle personne ne peut justifier sa « propriété, et qui est découverte par « le pur effet du hasard. »

mais l'usufruitier ne peut pas abattre les autres bois: *Si grandes arbores essent, non posse eas cædere*; L. 11, ff. *de Usuf.*

Non-seulement il n'a pas le droit de les abattre, mais quand même ces arbres auraient été abattus sans le fait de l'usufruitier, par la violence des vents, l'usufruitier ne pourrait pas les vendre et en disposer à son profit; il serait tenu de les laisser au propriétaire de l'héritage: il lui est seulement permis d'en prendre dans ce qui n'est bon qu'à brûler, autant qu'il en a besoin pour son usage: *Arboribus evulsis, vel vi ventorum dejectis, usque ad usum suum et villæ posse usufructuarium ferre, Labeo ait: nec materiâ pro ligno usurum;* L. 12.

Observez que ce que nous avons dit, qu'il n'était pas permis à l'usufruitier d'abattre les bois de haute-futaie, doit s'entendre en ce sens, qu'il ne lui est pas permis de les abattre pour les vendre et en faire son profit; parce que ces arbres ne sont pas un fruit: mais comme ils sont destinés à être employés aux réparations qui sont à faire pour l'entretien des bâtiments de l'héritage sur lequel ils se trouvent, l'usufruitier de l'héritage, lorsqu'il y a des réparations à faire pendant le cours de son usufruit, peut abattre dans lesdits bois ce qu'il est nécessaire d'en abattre pour les faire [1]: *Materiam succidere quantùm ad villæ refectionem, putat posse; eâd.* L. 12.

Par la même raison, si le propriétaire, lorsqu'il jouissait par lui-même, était dans l'usage de prendre dans un bois de haute-futaie de quoi encharneler la vigne, l'usufruitier doit avoir la même faculté, pourvu que cela ne le dégrade pas trop [2]: *Ex non cæduâ in vineam sumpturum* [2], *dùm ne fundum deteriorem faciat;* L. 10, ff. *eod Tit.*

---

[1] *V.* art. 590, 591 et 592, C. civ.

Art. 590: « Si l'usufruit comprend « des bois taillis, l'usufruitier est tenu « d'observer l'ordre et la quotité des « coupes, conformément à l'aménagement ou à l'usage constant des pro« priétaires; sans indemnité toutefois « en faveur de l'usufruitier ou de ses « héritiers, pour les coupes ordinaires, « soit de taillis, soit de baliveaux, soit « de futaie, qu'il n'aurait pas faites pen« dant sa jouissance.—Les arbres qu'on « peut tirer d'une pépinière sans la dé« grader, ne font aussi partie de l'usu« fruit qu'à la charge par l'usufruitier « de se conformer aux usages des lieux « pour le remplacement. »

Art. 591: « L'usufruitier profite en« core, toujours en se conformant aux « époques et à l'usage des anciens pro« priétaires, des parties de bois de « haute futaie qui ont été mises en « coupes réglées, soit que ces coupes « se fassent périodiquement sur une « certaine étendue de terrain, soit « qu'elles se fassent d'une certaine « quantité d'arbres pris indistinctement « sur toute la surface du domaine. »

Art. 592: « Dans tous les autres cas, « l'usufruitier ne peut toucher aux ar« bres de haute futaie: il peut seule« ment employer, pour faire les répa« rations dont il est tenu, les arbres « arrachés ou brisés par accident; il « peut même, pour cet objet, en faire « abattre s'il est nécessaire, mais à la « charge d'en faire constater la néces« sité avec le propriétaire. »

Sur ce dernier article il faut remarquer que le Code diffère de la loi romaine: ainsi l'usufruitier ne peut toucher même aux arbres arrachés ou brisés par les vents, ou autre accident, pour en faire son profit particulier, ou pour son usage propre *usque ad usum suum* puisque la loi nouvelle ne lui accorde que la faculté d'employer ce qui est nécessaire aux réparations dont il est tenu, c'est-à-dire aux réparations d'entretien des bâtiments dépendants du même usufruit: donc il ne peut s'approprier, pour son chauffage, les branches ou autres parties qui peuvent rester après l'emploi des corps d'arbres; le besoin de réparer fixe la limite de son droit. Le Code n'a admis qu'une partie de la loi romaine *quantum ad villæ refectionem.*

[2] *V.* art. 593, C. civ.

Art. 593: « (L'usufruitier) peut pren-

198. On subdivise les fruits naturels des héritages, en fruits purement *naturels*, et en fruits *industriels*.

Les fruits purement *naturels* sont ceux que la terre produit d'elle-même sans culture, tels que sont les foins, les noix, la coupe d'un bois taillis, etc.

Les fruits *industriels* sont ceux que la terre produit par la culture, tels que sont les blés et autres grains, les fruits de vigne [1], etc.

Les uns et les autres sont acquis à la douairière, de même qu'à tous les autres usufruitiers par leur perception; et ils sont censés perçus aussitôt qu'ils ont été séparés de la terre où ils étaient pendants quoiqu'ils soient encore sur champ et qu'ils n'aient pas encore été conduits dans les granges; L. 13, ff. *Quib. mod. ususfr. amitt.*

199. Suivant la subtilité du droit romain, le droit d'usufruit étant le droit qu'a une personne de percevoir les fruits d'une chose, les fruits d'un héritage sujet à un droit d'usufruit, n'étaient acquis à l'usufruitier que par la perception qui en était faite par lui ou par quelqu'un de sa part. C'est pourquoi, si des voleurs avaient coupé les blés sur un héritage, l'usufruitier de cet héritage avait bien l'action *furti, quæ datur ei cujus interest rem non fuisse surreptam;* mais l'action en restitution des choses volées, qu'on appelle *condictio furtiva*, qui n'est donnée qu'au propriétaire des choses volées, appartenait au propriétaire de l'héritage, et non à l'usufruitier, qui n'avait pu acquérir les fruits par la perception qu'en avait faite le voleur, ce voleur ne les ayant pas perçus au nom et de la part de l'usufruitier; L. 12, § 5, ff. *de Usufr.*

Par la même raison, le jurisconsulte Paul décidait que les olives qui se détachaient d'elles-mêmes et tombaient de l'olivier, n'étaient pas acquises à l'usufruitier.

Notre jurisprudence n'admet pas ces subtilités, et nous tenons pour règle générale, que tous les fruits d'un héritage sujet à un droit d'usufruit, qui sont perçus et séparés de la terre où ils sont pendants, pendant le temps de la jouissance de l'usufruitier, lui appartiennent, de quelque manière qu'ils aient été perçus [2].

200. Le principe que les fruits naturels ne sont censés perçus que par

---

« dre, dans les bois, des échalas pour « les vignes; il peut aussi prendre, sur les « arbres, des produits annuels ou pério « diques; le tout suivant l'usage du pays « ou la coutume des propriétaires. »

[1] Cette sous-division, assez inutile, est l'origine de l'art. 583, C. civ.

Art. 583 : « Les fruits naturels sont « ceux qui sont le produit spontané de « la terre. Le produit et le croît des « animaux sont aussi des fruits natu- « rels. — Les fruits industriels d'un « fonds sont ceux qu'on obtient par la « culture. »

[2] Pothier a grande raison de traiter de subtilité la décision des jurisconsultes romains sur ce point. Pour justifier leur doctrine on a dit : l'usufruitier ne possède pas, il ne peut même pas avoir la prétention de posséder; or, d'après le droit des gens, c'est la possession qui conduit à la propriété; il faut donc que l'usufruitier, pour devenir propriétaire des fruits, commence par en prendre possession, en les percevant ou en les faisant percevoir. Mais les jurisconsultes romains qui, au sujet des servitudes, disaient *usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse*, et en parlant de l'usufruit, *dare autem intelligitur, si induxerit in fundum legatarius eumve patiatur utifrui*, auraient bien pu considérer les actes de jouissance de l'usufruitier comme équivalant à la possession quant à l'usufruit, car ils sont plus caractérisés que ceux de l'exercice d'une servitude, et admettre en conséquence que l'usufruitier possédait suffisamment pour acquérir les fruits détachés, lesquels sont l'émolument de son droit.

leur séparation de la terre où ils sont pendants, reçoit une exception dans notre coutume d'Orléans, à l'égard de la coupe des bois sujets au droit de grurie.

Tous les bois de la forêt d'Orléans sont sujets à ce droit envers le duc d'Orléans, à moins que les propriétaires ne justifient leur exemption par des titres ; et il consiste dans le droit qu'a le prince d'avoir la moitié du prix de toutes les coupes qui se font des bois sujets à ce droit.

Lorsque les propriétaires ou usufruitiers veulent faire couper leurs bois, ils doivent faire leur déclaration au greffe du siége de la maîtrise des eaux et forêts où ils sont situés, qu'ils entendent mettre en coupe telles et telles pièces de bois. En conséquence lesdites pièces de bois sont mesurées, arpentées et *layées* (c'est-à-dire que les arbres qui servent de bornes auxdites pièces, qu'on appelle *les pieds corniers*, sont marqués du marteau de la maîtrise) ; après quoi la coupe qui est à faire de chacune desdites pièces de bois, est criée à l'audience de la maîtrise, et adjugée au plus offrant et dernier enchérisseur, sans que le propriétaire ou usufruitier ait aucune préférence sur les enchérisseurs étrangers.

Notre coutume d'Orléans, article 75, décide qu'aussitôt que l'adjudication a été faite, sans qu'il faille attendre que l'adjudicataire ait fait abattre les bois, la coupe de bois qui a été adjugée, est censée perçue et acquise à celui à qui le droit de percevoir les fruits de la pièce de bois appartient au temps de l'adjudication. Elle le décide dans le cas d'un seigneur qui a saisi féodalement, et qui a le droit, en conséquence, de faire siens les fruits du fief saisi, qui sont perçus pendant le temps qu'a duré la saisie. Il y a entière parité dans les autres cas. Suivant cette décision, lorsqu'une coupe de bois en grurie d'un héritage sujet au douaire, a été adjugée avant l'ouverture du douaire, quoique le bois n'ait été abattu que depuis, la douairière ne peut rien y prétendre; et *vice versâ*, si la coupe du bois a été adjugée pendant le temps de l'usufruit de la douairière, elle lui appartiendra, quoiqu'elle meure avant qu'on ait commencé à abattre les bois [1].

201. On a fait une question à l'égard des fruits industriels, qui est de savoir si la douairière qui n'était pas commune, ou qui a renoncé à la communauté, est tenue, pour la part qu'elle a dans la jouissance des héritages sujets au douaire, de rembourser l'héritier des frais de labours et semences, faits par le mari pour les fruits qui étaient pendants lors de l'ouverture du douaire, et qu'elle a perçus pour ladite part.

Renusson (ch. 14, n° 33) tient l'affirmative. Il se fonde sur la raison que ces frais sont une charge naturelle des fruits, lesquels ne sont *fruits* que sous une déduction : *Fructus non intelliguntur, nisi deductis impensis*; L. 36, § 5, ff. *de Hæred. petit.* Il est donc juste que ces frais soient supportés par ceux qui perçoivent les fruits, et que la douairière, pour la part qu'elle y a, en fasse raison à la succession du mari qui les a faits.

On dit au contraire pour la négative, que la règle de droit, *Fructus non intelliguntur, nisi deductis impensis*, est dans le cas de personnes qui sont comptables de fruits qu'elles ont perçus, qui ne leur appartenaient pas ; elles n'en doivent compter que sous la déduction des frais qu'elles ont faits. Mais cette règle ne reçoit ici aucune publication. Il n'est dit nulle part que le légataire d'un droit d'usufruit d'un héritage, soit tenu de restituer à l'héritier les frais faits par le testateur pour les fruits qui se sont trouvés pendants sur l'héritage au temps de l'ouverture du legs : l'usufruit de l'héritage est censé avoir été légué en l'état auquel se trouverait l'héritage au temps de l'ouverture du legs. Pareillement l'usufruit que la loi ou le mari ont accordé à la douairière, est le droit de jouir des héritages dans l'état auquel ils se trouveront lors de l'ouverture du douaire ; les frais faits pour les mettre en cet état, font partie de

[1] Cette hypothèse ne peut plus se présenter aujourd'hui.

ce qui lui a été donné par la loi ou par son mari. C'est l'avis de Lemaître, qui me paraît le plus juridique [1].

Quid, si ces labours et semences étaient encore dus à la mort du mari? Bacquet, qui décide que la douairière n'en doit pas faire raison lorsqu'ils ont été acquittés du vivant du mari, pense néanmoins qu'elle est tenue de cette dette. Je pense au contraire, que, dès qu'on établit pour principe que l'usufruit de l'héritage est accordé à la douairière en l'état qu'il se trouvera au temps de l'ouverture du douaire, c'est une conséquence que la douairière ne doit pas être tenue de cette dette; de même qu'un héritier aux propres, lequel a recueilli les fruits qui étaient pendants sur l'héritage auquel il a succédé, n'est pas pour cela plus tenu de la dette des frais de labours et semences faits pour les faire venir, qu'il ne l'est des autres dettes de la succession.

Il n'y a pas lieu à cette question, lorsque la douairière a accepté la communauté: il ne peut être douteux en ce cas que le mi-denier des labours et semences, dont la coutume de Paris, art. 231, charge l'héritier de celui sur l'héritage propre duquel se trouvent les fruits pendants, ne peut être dû en entier à la femme, et qu'elle en a fait confusion pour la part qu'elle a, comme douairière, dans lesdits fruits [2].

Supposons, par exemple, que les frais faits pour les fruits d'un héritage propre du mari, qui se sont trouvés pendants lors de la mort du mari, montent à 300 livres; il serait dû, par la succession du mari, à la femme la somme de 150 livres pour le mi-denier, si la femme n'y prenait pas son douaire : mais la femme ayant, en sa qualité de douairière, la moitié desdits fruits, elle doit faire confusion sur elle de la moitié de ce mi-denier, et l'héritier ne lui doit que 75 livres.

202. Sur le cas inverse, qui est celui auquel, au temps de la mort de la douairière, les fruits étaient pendants sur les héritages dont elle jouissait en usufruit [3], *V.* ce qui en est dit *infrà*, chap. 7.

§ II. *Des fruits civils.*

203. Les *fruits civils* sont les revenus d'une chose, qui n'ont aucun être physique, et ne consistent qu'en droits ou créances, lesquels subsistent par l'entendement: *Fructus civiles sunt qui in jure consistunt.*

Tels sont les loyers des maisons et les fermages des héritages de campagne. Ils forment le revenu de ces maison, et de ces héritages: ils en sont donc les fruits : mais ce ne sont pas des corps et des êtres physiques que l'héritage ait produits; ce sont des fruits civils, *qui in jure consistunt*, c'est-à-dire, dans le droit d'exiger des locataires ou fermiers les sommes ou autres choses qui font l'objet desdits loyers ou fermages.

Les arrérages des rentes, soit foncières, soit constituées, sont aussi des fruits civils desdites rentes; ces rentes n'ayant elles-mêmes qu'un être civil, ne peuvent produire que des fruits civils.

---

[1] C'est aussi la règle adoptée par le Code civil, art. 585, 2e alinéa. *V.* ci-dessus, p. 393, note 1.

[2] Le Code n'ayant point reproduit cette disposition au sujet du remboursement des frais de labours et semences sur les fonds propres des époux, nous ne croyons pas qu'ils soient dus. Le silence à cet égard, en présence de l'art. 231 de la coutume de Paris, et dans une matière aussi usuelle, nous paraît très significatif. Les auteurs du Code ont sans doute cru que la règle de l'art. 585 (*V.* ci-dessus, p. 393, note 1), décrétée quelques jours avant le titre du contrat de mariage, suffisait pour lever tous les doutes.

[3] La règle est aujourd'hui la même à la cessation qu'au commencement de l'usufruit, C. civ., art. 585. (V. *ibid.*)

Il en est de même des arrérages de cens, des profits féodaux ou censuels ; ce sont les fruits civils des droits de seigneurie féodale ou censuelle. Les amendes, les droits d'épaves, de déshérence et de confiscation, sont les fruits civils des droits de justice [1].

204. Tous ces fruits civils qui naissent pendant le temps de l'usufruit, sont acquis à la douairière pour la part qu'elle y a, comme ils le sont à tous les autres usufruitiers, aussitôt qu'ils sont nés ; et ils sont nés aussitôt qu'ils commencent à être dus, quand même ils ne seraient pas encore exigibles.

Par exemple, supposons qu'une métairie dont la douairière jouit par usufruit, soit affermée pour 500 livres de ferme par chacun an, payables à la Toussaint. Si la douairière est morte au mois de septembre, après la récolte, la ferme étant due par le fermier, comme et pour le prix des fruits qu'il a recueillis, elle est due et acquise à la douairière aussitôt que la récolte a été faite : c'est pourquoi, quoiqu'elle soit morte avant le terme de la Toussaint, auquel la ferme était payable, elle la transmet en entier dans sa succession. Au contraire, si la douairière était morte avant la récolte, les héritiers de la douairière ne pourraient rien prétendre de la ferme, qui, n'étant due par le fermier que pour le prix des fruits, n'est due que lorsqu'il les a recueillis, et n'a pu par conséquent être acquise à la douairière, qui est morte auparavant.

Lorsque la douairière est morte pendant la récolte, la ferme due pour cette récolte appartient à sa succession, à proportion de ce qu'il y avait alors de fruits recueillis. Par exemple, si la récolte était alors faite aux deux tiers, la ferme due pour cette récolte appartiendra pour les deux tiers à la succession de la douairière, et pour le surplus, au propriétaire de l'héritage [2].

205. A l'égard des loyers de maisons, ces loyers étant dus par le locataire pour la jouissance de la maison qu'il a, ou qu'il ne tient qu'à lui d'avoir chaque jour, ils se comptent de jour à jour, comme les arrérages de rentes : ils sont dus par partie par le locataire chaque jour, et par conséquent acquis par partie chaque jour à la douairière, de même qu'aux autres usufruitiers. C'est pourquoi, à la mort de la douairière, non-seulement les termes des loyers et des arrérages de rentes qui étaient échus avant la mort de la douairière, mais tout ce qui a couru jusqu'au jour de la mort de la douairière *exclusivement*, du terme qui ne doit échoir qu'après sa mort, est censé avoir été acquis à la douairière, et appartient à ses héritiers.

Pourquoi avons-nous dit *exclusivement* ? C'est que la partie de loyer due pour chaque jour, étant due pour la jouissance de ce jour, elle n'est due que lorsque le jour est entièrement révolu : c'est pourquoi le loyer du jour de la mort de la douairière, n'a pu lui être acquis, à moins qu'on ne la supposât morte précisément au dernier instant de la journée [3].

Il en est de même des arrérages de rentes.

---

[1] *V.* art. 584, Cod. civ.

Art. 584 : « Les fruits civils sont les « loyers des maisons, les intérêts des « sommes exigibles, les arrérages des « rentes.—Les prix des baux à ferme « sont aussi rangés dans la classe des « fruits civils. »

[2] Tout en déclarant fruits civils les fermages des biens ruraux, Pothier, conformément au droit romain (L. 58, ff. *de Usuf.*), leur applique le principe de l'acquisition des fruits naturels, c'est-à-dire qu'il recherche si la récolte a été ou non faite pendant la durée de l'usufruit. Le droit a changé à cet égard : le Code met les fermages des biens ruraux dans la classe des fruits civils ; mais ce n'est pas nominalement, c'est *cum effectu*, il veut qu'on leur applique la règle d'acquisition des fruits civils, c'est-à-dire jour par jour, sans s'occuper de l'époque de la récolte ni du paiement. Cod. civ., art. 586. *V.* ci-dessus, p. 393, note 1.

[3] *V.* art. 586, Cod. civ., ci-dessus, p. 393, note 1.

Il en est autrement du cens : étant dû *in recognitionem dominii*, il est dû aussitôt qu'est arrivé le jour auquel la seigneurie doit être reconnue, qui est celui auquel le cens est payable, quoique les censitaires aient tout le jour pour s'acquitter de ce devoir.

Voy. ce que nous en avons déjà dit en notre *Traité de la Communauté*, n° 224.

206. Il nous reste à observer que les droits honorifiques attachés à une terre dont la douairière jouit en usufruit, ne sont point compris dans les fruits civils de cette terre : *Jura honorifica non sunt in fructu ;* Molin. art. 1, gl. 1, n° 19. Ils ne peuvent par conséquent être prétendus par la douairière. C'est ce qui résulte de la définition que nous avons ci-dessus donnée des fruits civils, que nous avons dit être ce qui formait le *revenu* d'une chose ; or le revenu ne s'entend que de l'utile, et non de l'honorifique : c'est pourquoi une douairière qui jouit en usufruit d'une terre à laquelle est attaché un droit de justice, a bien le droit, comme nous l'avons dit ci-dessus, de percevoir les amendes, les épaves, les confiscations, déshérences qui obviennent pendant le temps de son usufruit, ces choses étant des droits utiles, et par conséquent des fruits ; mais les droits honorifiques qui sont attachés au droit de justice, appartienent au propriétaire, et non à la douairière : en conséquence c'est au propriétaire, et non à la douairière, qu'appartient le droit d'instituer et de destituer les officiers de la justice.

A l'égard des droits honorifiques dans l'église, quoiqu'ils ne doivent pas appartenir aux usufruitiers, la douairière, par une raison qui lui est particulière, *propter memoriam mariti,* est fondée à les prétendre [1].

M. Guyot, dans son ouvrage sur les *droits honorifiques*, p. 46 et 47, ne lui accorde que les *honneurs moindres,* tels que ceux du pain bénit et de l'eau bénite, par distinction : mais je pense que l'héritier du mari aurait mauvaise grâce à s'opposer qu'elle continuât à jouir des *grands honneurs*, des prières nominales et de l'encens, dont elle jouissait du vivant de son mari, avec son mari ; le curé aurait encore plus mauvaise grâce de les lui refuser. On ne peut surtout lui contester la sépulture dans le chœur, lorsque son mari y a été enterré, étant naturel qu'une veuve soit enterrée dans le tombeau de son mari. Mais le droit de la douairière étant éteint par sa mort, les héritiers de la douairière ne seraient pas fondés à vouloir apposer une litre ou ceinture funèbre permanente autour de l'église ; on doit seulement leur permettre de placer vis-à-vis de la tombe une litre d'étoffe, pour y rester pendant l'année depuis l'inhumation.

La douairière qui jouit par usufruit d'un fief, a bien le droit de percevoir les profits féodaux, ces profits étant des droits utiles, et par conséquent des fruits civils du fief, qui en forment le revenu; mais ce n'est pas à la douairière, c'est au propriétaire du fief que les vassaux doivent la foi.

Pareillement la douairière, comme tous les autres usufruitiers d'un fief, ne peut, pour les profits qui lui sont dus, saisir féodalement en son nom les fiefs des vassaux qui ne sont pas en foi ; mais, après sommation faite au propriétaire du fief de saisir lui-même féodalement les fiefs desdits vassaux, elle peut, à ses risques, faire elle-même, néanmoins sous le nom du propriétaire du fief, la saisie féodale. C'est la disposition de l'article 2 de la coutume de Paris, et de l'article 63 de la coutume d'Orléans, lesquels ayant été formés sur la jurisprudence qui s'observait lors de la réformation, doivent avoir lieu dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées.

Au surplus, soit que le propriétaire du fief ait fait lui-même la saisie féodale des fiefs mouvants de lui, soit que ce soit la douairière qui ait saisi, sous le

[1] Tous ces droits seigneuriaux sont abolis.

nom du propriétaire, les fruits des fiefs saisis qui seront perçus pendant le cours des saisies féodales, sur les fiefs saisis, n'appartiendront pas au propriétaire du fief, au nom duquel les saisies ont été faites, mais à la douairière ; car le droit qu'a le seigneur du fief de faire siens en pure perte pour le vassal, les fruits des fiefs qu'il a mis en main par la saisie féodale, est un droit utile de son fief, qui appartient par conséquent à l'usufruitier.

207. Le droit de chasse est regardé parmi nous comme un droit qui consiste *magis* IN HONORE *quàm in quæstu*. C'est pourquoi le propriétaire du fief dont la douairière jouit en usufruit, conserve ce droit sur le fief dont la douairière jouit : il y peut chasser lui et ses amis : mais les revenus qu'on a coutume de retirer des garennes, d'un colombier et de la pêche, appartiennent à la douairière [1].

Enfin la douairière qui jouit par usufruit, pour son douaire, de quelque seigneurie de la succession de son mari, peut bien se qualifier *Dame douairière d'un tel lieu* ; mais il n'y a que le propriétaire qui puisse s'en qualifier seigneur purement et simplement. Les coutumes de Péronne et de Ribemont en ont une disposition, qui doit à cet égard faire un droit commun.

§ III. *De la jouissance des choses accessoires à celles des héritages sujets au douaire.*

208. La douairière, de même que tous les usufruitiers, doit avoir la jouissance des choses accessoires à celle des héritages dont elle a l'usufruit ; c'est-à-dire, des choses qui, sans faire partie de l'héritage, y sont pour perpétuelle demeure, afin de servir à son exploitation.

Telles sont, dans une maison de campagne, les cuves ; elles ne font pas partie de l'héritage, elles sont plutôt du nombre des choses qui servent à son exploitation ; or *instrumentum fundi, non est pars fundi* : mais comme elles sont pour perpétuelle demeure dans l'héritage, destinées à servir à l'exploitation de l'héritage, la jouissance de ces choses est regardée comme accessoire à celle de l'héritage : c'est pourquoi la douairière qui jouit par usufruit de la maison, des vignes, doit avoir la jouissance des cuves qui y sont. C'est la décision d'Ulpien, en la loi 9, § 7, ff. *de Usufr.*, où il dit que l'usufruitier *instrumenti fructum habere debet* ; et dans la loi 15, § 6, *eod. tit.*, où il dit que l'usufruitier d'un héritage doit avoir l'usage de différentes espèces de vases qui s'y trouvent, et qui sont destinés à renfermer le vin [2].

209. Lorsqu'un homme qui a plusieurs héritages contigus, a assigné pour

---

[1] Les lois nouvelles sur la chasse considèrent ce droit comme une conséquence, un émolument de la propriété, *magis in questu quàm in honore*, dès lors il nous paraît que ce droit doit compéter à l'usufruitier pendant la durée de sa jouissance.

[2] La plupart de ces objets seraient aujourd'hui considérés comme immeubles par destination. *V.* art. 524, Cod. civ.

Art. 524 : « Les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour « le service et l'exploitation de ce fonds, « sont immeubles par destination.— « Ainsi, sont immeubles par destination, quand ils ont été placés par le « propriétaire pour le service et l'exploitation du fonds : les animaux attachés à la culture ;—Les ustensiles « aratoires ;—Les semences données « aux fermiers ou colons partiaires ;— « Les pigeons des colombiers ;—Les « lapins des garennes ;—Les ruches à « miel ;—Les poissons des étangs ;— « Les pressoirs, chaudières, alambics, « cuves et tonnes ;—Les ustensiles nécessaires à l'exploitation des forges, « papeteries et autres usines ; — Les « pailles et engrais.—Sont aussi immeubles par destination, tous effets « mobiliers que le propriétaire a attachés au fonds à perpétuelle demeure. »

le douaire de sa femme l'usufruit de l'un desdits héritages, où l'on ne peut aborder qu'en passant par les autres, la douairière doit jouir du passage par les héritages qui ne sont pas sujets à son douaire, pour aller à celui dont l'héritage lui a été assigné pour son douaire : la jouissance de ce passage est accessoire à celui de l'héritage dont elle a l'usufruit, où elle ne pourrait aborder sans cela. Cela est conforme aux principes établis par Ulpien, en la loi 1, § 1, ff. *Si ususfr. pet. Ususfructus adminiculis eget sinè quibus usufrui quis non potest; et ideò si ususfructus legetur, necesse et ut sequatur eum aditus* [1].

Observez une différence entre ce droit de passage, qui n'est qu'un accessoire d'un droit d'usufruit, et le droit de servitude de passage qui a été constitué *principaliter et per se*, à un voisin. Celui qui a le droit de servitude de passage *principaliter et per se*, a droit de passer par tel lieu que bon lui semblera de cet héritage chargé de cette servitude de passage, pourvu néanmoins que cela ne soit pas trop incommode au propriétaire [2] : *Si cui simpliciter via per fundum cujuspiam cedatur vel relinquatur, in infinitum videlicet per quamlibet partem ire agere licebit, civiliter modò* ; L. 9, ff. *de Servitut.*

Au contraire, lorsque quelqu'un n'a droit d'avoir la jouissance du passage par des héritages, que comme un accessoire de l'usufruit d'un autre héritage où l'on ne peut aborder sans cela, le propriétaire desdits héritages peut assigner le lieu qui lui est le moins incommode, par où cet usufruitier et son monde pourront passer, sans qu'ils puissent passer par ailleurs. C'est ce que décide Ulpien d'après Nératius : *Rectè Neratius scribit, si subsidii loci ususfructus legetur, iterquoque sequi, per ea scilicet loca fundi per quæ qui usumfructum cessit, constituerit, quatenùs est ad fruendum necessarium* ; L. 2, ff. *Si serv. vind.*

ART. II. — Des obligations de la douairière.

210. Les deux principales obligations de la douairière, de même que de tous les autres usufruitiers, sont de jouir en bon père de famille, des héritages dont elle a l'usufruit et de les rendre en bon état après l'usufruit fini.

Nous traiterons dans un premier paragraphe, de la première de ces obligations ; — Nous renvoyons au chapitre septième, ce qui concerne la seconde. —C'est encore une obligation de la douairière de ne point changer la forme des héritages dont elle jouit en usufruit, ni de les convertir à d'autres usages : nous en parlerons dans un second paragraphe.—Dans un troisième, nous traiterons de la caution qu'elle doit donner.— Nous examinerons dans un quatrième, si elle est obligée d'entretenir les baux faits par son mari.

§ Ier. *De l'obligation de jouir en bon père de famille.*

211. Ulpien, en la loi 1, § 3, ff. *Usus f. quemadm. cav.* nous définit ce que

[1] Il est évident qu'il faudrait décider de même aujourd'hui : le passage est nécessaire.

[2] Pothier nous paraît donner ici une grande extension à cette servitude de passage : sans doute la totalité du fonds est affectée de la servitude, *per quamlibet partem,* mais suit-il de là que le propriétaire du fonds dominant peut, dans l'exercice de cette servitude, convertir en chemin tout le fonds servant, non très certainement ; ce qui est nécessaire pour passer, voilà ce qu'on a voulu lui concéder, voilà ce qu'il a voulu acquérir, et par interprétation fondée en raison, nous conclurions que le propriétaire du fonds servant peut faire assigner le lieu qui lui est le moins incommode pour l'exercice de cette servitude : nous ne comprenons pas bien la différence que la loi romaine et Pothier veulent établir entre ce cas et celui où le droit de passage est dû comme accessoire.

c'est que jouir en bon père de famille : *Viri boni arbitratu perceptum iri usumfructum, hoc est non deteriorem se causam usûsfructûs facturum, cæteraque facturum quæ in re suâ faceret.*

Lors donc qu'on dit que la douairière doit jouir en bon père de famille, c'est dire qu'elle ne doit faire aucunes dégradations aux héritages dont elle a l'usufruit, et qu'elle doit faire au contraire tout ce qu'un bon père de famille, c'est-à-dire, un homme soigneux de ses biens, a coutume de faire pour l'entretien de ses biens [1].

Par exemple, si ce sont des vignes dont elle jouit en usufruit, elle doit les bien cultiver, en y faisant donner toutes les façons qu'on a coutume d'y donner dans le pays ; les bien fumer, les bien entretenir d'échalas, les provigner : elle doit arracher successivement celles qui sont trop vieilles, et en planter d'autres à la place.

Elle doit pareillement, dans les vergers des héritages dont elle jouit, substituer des arbres à la place de ceux qui sont morts, ou qui étant trop vieux, ne rapportent plus de fruit : *Agri usufructu legato, in locum demortuarum arborum aliæ substituendæ sunt, et priores ad fructuarium pertinent;* L. 18, ff. *de Usufr.*

Il en est autrement, lorsque quelque accident extraordinaire, tel qu'un ouragan, en a renversé une grande partie. L'usufruitier n'est pas en ce cas obligé de replanter ; cela passe les bornes d'un simple entretien auquel il est obligé [2] : *Arbores vi tempestatis, non culpâ fructuarii eversas, ab eo substitui non placet;* L. 59, ff. *eod. tit.*

212. Si ce sont des terres labourables dont la douairière jouit en usufruit, elle doit les bien cultiver selon la manière du pays. Elle ne doit pas les épuiser en les dessaisonnant. Par exemple, dans les pays où l'usage est que les terres soient ensemencées en blé la première année, en maïs la seconde, et qu'elles se reposent la troisième année, la douairière ne jouirait pas en bon père de famille, si elle ne les laissait pas reposer la troisième année, ou si elle les en-

---

[1] L'usufruitier doit jouir en bon père de famille, art. 601, Cod. civ., ce qui comprend les deux éléments que Pothier indique d'après la loi romaine. *V.* art. 618, Cod. civ., 1er alinéa.

Art. 601 : « (L'usufruitier) donne « caution de jouir en bon père de fa- « mille, s'il n'en est dispensé par l'acte « constitutif de l'usufruit ; cependant, « les père et mère ayant l'usufruit légal « du bien de leurs enfants, le vendeur « ou le donateur, sous réserve d'usu- « fruit, ne sont pas tenus de donner « caution. »

Art. 618 : « L'usufruit peut aussi ces- « ser par l'abus que l'usufruitier fait de « sa jouissance, soit en commettant « des dégradations sur le fonds, soit « en le laissant dépérir faute d'entre- « tien.—Les créanciers de l'usufruitier « peuvent intervenir dans les contes- « tations, pour la conservation de leurs « droits ; ils peuvent offrir la répara- « tion des dégradations commises, et « des garanties pour l'avenir.—Les « juges peuvent, suivant la gravité des « circonstances, ou prononcer l'extinc- « tion absolue de l'usufruit, ou n'or- « donner la rentrée du propriétaire « dans la jouissance de l'objet qui en « est grevé, que sous la charge de « payer annuellement à l'usufruitier, « ou à ses ayants cause, une somme « déterminée jusqu'à l'instant où l'u- « sufruit aurait dû cesser. »

[2] Le Code civil pour engager l'usufruitier à replanter lui accorde, sous cette condition, les arbres arrachés ou brisés par accident (*V.* art. 594, C. civ.). Ce remplacement cesse ainsi d'être onéreux pour l'usufruitier, et il pourra être, dans l'avenir, fort utile au propriétaire.

Art. 594 : « Les arbres fruitiers qui « meurent, ceux même qui sont arra- « chés ou brisés par accidents, appar- « tiennent à l'usufruitier, à la charge « de les remplacer par d'autres. »

semençait en blé deux années de suite. Mais il serait très permis à un usufruitier de laisser reposer les terres pendant plusieurs années, et d'y semer du sainfoin et autres graines propres à les amender; car il lui est permis de méliorer : *Fructuarius causam proprietatis deteriorem facere non debet, meliorem facere potest;* L. 13, § 4, ff. *de Usufr.*

213. L'obligation que la douairière contracte de jouir des héritages dont elle a l'usufruit en bon père de famille, produit une action qui est ouverte aussitôt qu'elle y contrevient, soit en faisant des dégradations sur lesdits héritages, soit en négligeant de les cultiver et de les entretenir comme ils doivent l'être[1]. Le propriétaire n'a pas besoin, pour l'intenter, d'attendre l'extinction de l'usufruit; il peut l'intenter aussitôt que la douairière a contrevenu, et la faire condamner aux dommages et intérêts qui en résultent. Il peut aussi conclure, lorsque la douairière néglige de faire les réparations, à ce qu'elle soit condamnée à les faire, sinon qu'il sera autorisé à les faire, et qu'il aura contre elle exécutoire du coût : *Hæc stipulatio viri boni arbitratu perceptum iri usumfructum...... statim committetur, quam aliter (fructuarius) fuerit usus, et sæpiùs committetur; nec expectabimus ut amittatur ususfructus;* L. 1, §§ 3 et 6, ff. *Usufr. quemadm. cav.*

§ II. *De l'obligation de ne pas changer la forme de l'héritage, et de ne le pas convertir à d'autres usages.*

214. La douairière, de même que tous les autres usufruitiers, n'ayant que le droit de percevoir les fruits des héritages dont elle jouit par usufruit, il ne lui est pas permis, non plus qu'à tous les autres usufruitiers, d'en changer la forme; le droit de changer la forme faisant partie du droit de disposer de la chose, qui ne peut appartenir qu'au seul propriétaire[2].

Cette décision a lieu, quand même la nouvelle forme en laquelle l'usufruitier voudrait convertir l'héritage, serait une forme qui rendrait l'héritage plus précieux et d'un plus grand revenu : *Nec ampliare, nec utile detrahere posse, quamvis melius repositurus sit;* L. 7, § *fin.;* L. 8, ff. *de Usufr.*

Ulpien rapporte cet exemple : *Si fortè voluptuarium sit prædium, viridaria, vel gestationes, vel deambulationes arboribus infructuosis opacas atque amœnas habens, non debebit dejicere, ut fortè hortos olitorios faciat, vel aliud quod ad reditum spectat;* L. 13, § 4, ff. *eod. tit.*

Cela n'est pas contraire à ce qui a été dit ci-dessus, qu'un usufruitier peut méliorer l'héritage dont il jouit par usufruit; car cela doit s'entendre en ce sens, pourvu que cela se fasse sans en changer la forme.

Par exemple, l'usufruitier d'une maison peut orner le plafond d'une salle par de belles peintures, griser les planchers, revêtir de marbre les murs, etc.; mais il ne lui est pas permis de changer l'entrée de la maison, ni la distribution des appartements : *Si ædium ususfructus legatus sit.... colores et picturas et marmora poterit (immittere), et sigilla[3], et si quid ad domûs ornatum; sed neque diætas transformare vel conjungere aut separare ei permittitur, vel aditus porticusve vertere, vel refugia aperire, vel atrium mutare, vel viridaria ad alium modum convertere.... excolere enim quod invenit potest, qualitate ædium non immutatâ;* eâd. L. 23, § 7.

215. Un usufruitier peut-il, sans le consentement du propriétaire, exhaus-

[1] Les rédacteurs du Code ont même autorisé dans ce cas les juges à prononcer l'extinction de l'usufruit (art. 618, Cod. civ., *V.* ci-dessus, p. 404, note 1); mais on comprend qu'il faut alors lui reprocher des dégradations notables ou une négligence grave.

[2] C'est l'obligation de conserver la substance de la chose.

[3] *Sigilla, id est parva signa,* de petites statues qu'on place dans des corniches. (*Note de l'édition de* 1770.)

ser la maison dont il jouit par usufruit? Ulpien tient la négative : car, quoiqu'il semble que cet exhaussement par lequel sa maison est augmentée, soit un avantage pour le propriétaire, il peut avoir des raisons pour s'y opposer ; *putà*, parce que la maison étant élevée, serait exposée aux vents : *Eum cui ædium usus/ructus legatus sit, altiùs tollere non posse, quamvis lumina non obscurentur, quia tectum magis turbatur; eod.* § 7.

216. Par la même raison, Neratius décide que l'usufruitier ne peut pas, malgré le propriétaire, revêtir des murs bruts, parce que, quoique cela paraisse être un ornement et une mélioration, néanmoins le propriétaire peut préférer d'avoir des murs bruts, pour n'être pas, après l'extinction de l'usufruit, sujet à l'entretien de l'enduit dont ses murs auraient été décorés : *Usufructuarius novum tectorium parietibus qui rudes fuissent, imponere non potest; quia tametsi meliorem excolendo ædificium domini causam facturus esset, non tamen id jure suo facere potest; aliudque est tueri quod accepisset, an novum facere* [1]; L. 44, *eod. tit.*

Cette décision de Neratius n'est pas contraire à ce qui a été rapporté ci-dessus de la loi 13, § 7, qu'un usufruitier pouvait revêtir de marbres les murs; *immittere marmora poterit :* elles sont dans des cas différents. Celle de la loi 13, doit s'entendre des murs qui étaient déjà revêtus. L'usufruitier, en les revêtissant, quoiqu'il y emploie une matière plus précieuse, ne fait qu'entretenir; mais lorsque les murs sont bruts, le revêtissement est un nouvel ouvrage qu'il ne peut faire sans le consentement du propriétaire.

217. L'usufruitier peut-il, sans le consentement du propriétaire, agrandir les fenêtres de la maison dont il jouit par usufruit, ou au contraire les diminuer?—Ulpien, en la loi 13, § 7, décide qu'il ne peut les diminuer, *nec obstruere eum posse;* mais il paraît permettre au contraire de les agrandir : *Nerva Silius lumina immittere eum posse ait.* Je ne crois pas néanmoins qu'il le puisse faire contre le consentement du propriétaire, qui peut avoir ses raisons de préférer de petites fenêtres aux grandes; parce que si les grandes fenêtres donnent plus de jour, d'un autre côté elles rendent les appartements plus froids en hiver. C'est une espèce de changement dans la forme de la maison, qui ne peut appartenir à un usufruitier [2].

218. Si, lors de l'ouverture du douaire, il s'est trouvé sur un des héritages sujets au douaire, quelque bâtiment commencé, que son mari n'a pas achevé, et qui, en l'état qu'il est, ne peut être d'aucun usage, la douairière ne peut obliger l'héritier à l'achever. Lui est-il au moins permis d'achever à ses risques et à ses dépens le bâtiment commencé, sans que l'héritier propriétaire de l'héritage puisse s'y opposer? Les jurisconsultes romains ont poussé la subtilité jusqu'à dire qu'un usufruitier n'a pas ce droit, à moins que cela ne lui ait été expressément permis par la constitution d'usufruit : *Ædificium inchoatum fructuarium consummare non posse placet, etiamsi eo loco aliter uti non possit; nisi in constituendo hoc specialiter adjectum sit* [3]; L. 61, § 1, ff. *eod. tit.*

---

[1] Cette décision, ainsi que celle d'Ulpien dans le n° précédent, nous paraissent fondées plutôt sur une subtilité que sur de véritables raisons : et les deux circonstances rapportées par Ulpien et par Neratius seraient, le plus souvent, de véritables améliorations.

[2] Il paraît qu'Ulpien redoutait plus les vents que le froid.

[3] Voilà une bien singulière décision ! Voici comment M. Proudhon cherche à justifier Neratius : « Il n'est donc « uniquement question, dans le texte « précité, que d'une maison dont l'é- « tablissement n'est pas d'ailleurs né- « cessaire à l'exercice du droit d'usu- « fruit sur d'autres fonds; et si le ju- « risconsulte Neratius décide que l'u- « sufruitier n'a pas le droit d'en achever « la construction, ou en d'autres ter-

Brunneman, *ad* L. 8, ff. *de Usufr.*, pense avec raison que cette décision du jurisconsulte Neratius ne doit pas être suivie. Elle est contraire à l'intention de celui qui a constitué l'usufruit, lequel, en commençant ce bâtiment, n'a pas eu intention qu'il demeurât imparfait; mais que s'il était prévenu par la mort, et que son héritier ne voulût pas le parachever, il fût permis à l'usufruitier de le faire.

219. Non-seulement il n'est pas permis à la douairière ni aux autres usufruitiers de changer la forme des héritages dont ils jouissent par usufruit; il ne leur est pas non plus permis de les faire servir à d'autres usages qu'à ceux auxquels ils sont destinés. Par exemple, la douairière qui jouit par usufruit d'une maison bourgeoise, ne peut pas en faire des magasins, ni un cabaret : *Si domûs ususfructus legatus sit, meritoria illic facere non debet fructuarius.... meritoria ità accipe quæ vulgò diversoria vel fullonica appellantur;* L. 13, § 8, ff. *de Usufr.*

Au reste, l'usufruitier d'un magasin n'est pas censé le faire servir à un autre usage qu'à celui auquel il est destiné, quoiqu'il le fasse servir à loger des marchandises d'une autre espèce que celles que le propriétaire y logeait; car, quelles que soient les marchandises qu'il y loge, il l'exploite toujours comme magasin : *Si dominus solitus fuit tabernis ad merces suas uti..... permittitur fructuario locare eas ad alias merces;* L. 27, § 1er, ff. *eod. tit.*

Pareillement, quoique le propriétaire ait toujours joui par lui-même, et fait valoir par ses mains un héritage, cela n'empêche pas qu'il ne soit permis à l'usufruitier de le louer[1].

220. Cette obligation que la douairière contracte de ne pas changer la forme des héritages dont elle jouit en usufruit, et de ne les pas faire servir à d'autres usages qu'à ceux auxquels ils sont destinés, produit une action, qui est ouverte aussitôt que la douairière commence à faire quelque changement dans la forme de quelqu'un des héritages dont elle jouit en usufruit, ou à le faire servir à d'autres usages qu'à ceux auxquels il est destiné. Le propriétaire peut dès lors, sans qu'il soit besoin d'attendre la fin de l'usufruit, intenter cette action contre la douairière, pour qu'il lui soit fait défenses, soit de faire servir l'héritage aux usages auxquels elle le fait servir, qui ne sont pas ceux auxquels il est destiné, soit de continuer le changement qu'elle a commencé de faire dans la forme, et la faire condamner à faire rétablir l'héritage dans la première forme.

Le juge peut néanmoins quelquefois, suivant les circonstances, lorsque le propriétaire ne souffre rien, surseoir jusqu'à la fin de l'usufruit.

« mes qu'il ne peut l'achever contre la « volonté de l'héritier, c'est parce qu'il « ne serait pas juste de lui accorder la « faculté de créer, sans nécessité, à la « charge de ce dernier, une dette en « continuant la construction commen-« cée, pour lui répéter un jour les im-« penses d'amélioration qu'il aurait « faites; mais vouloir qu'il ait entendu « que l'usufruitier ne pût, pas même « en renonçant à toutes répétitions « d'impenses, finir l'édifice commencé, « et qu'il ne le pût par cela seul qu'il « changerait la forme du fonds, ou « porterait atteinte à l'état des lieux, « ce serait vouloir, sur le prétexte le « plus frivole, lui interdire jusqu'à la « faculté d'améliorer gratuitement la « condition du propriétaire, et certes « aucun jurisconsulte romain n'aurait « jamais admis une pareille absurdité. « —Il résulte de là que le texte précité « ne peut plus recevoir aucune appli-« cation dans notre droit nouveau, « puisqu'aujourd'hui l'usufruitier n'a « plus aucune action en répétition « d'impenses pour amélioration. »

Traité de l'Usufruit, t. 3, n° 1127.

[1] L'usufruitier ayant droit à tous les fruits, peu importe au nu-propriétaire qui fait la perception, pourvu que le fonds ne soit pas détérioré.

§ III. *De la caution que doit donner la douairière.*

221. Les usufruitiers, lorsqu'ils entrent en possession de leur usufruit, sont ordinairement tenus de donner bonne et suffisante caution de jouir en bons pères de famille, et de rendre en bon état, à la fin de l'usufruit, les choses dont ils doivent jouir[1]; L. 13, ff. *de Usufr.*; et L. 4, Cod. *eod. tit.*

Néanmoins la coutume de Paris se contente de la caution juratoire de la douairière, et n'exige point d'elle qu'elle donne aucun fidéjusseur, tant qu'elle demeure en viduité. Elle s'exprime de cette manière en l'article 264 : « Et au « cas que ladite femme ne se remarie, aura délivrance de son douaire à sa « caution juratoire : mais si elle convole en autre mariage, sera tenue donner « bonne et suffisante caution. »

Quoique cet article s'entende principalement du douaire préfix, par la connexion qu'il a avec l'article précédent, qui traite du douaire préfix, néanmoins il doit pareillement s'appliquer au douaire coutumier, y ayant même raison.

La coutume de Calais a une disposition entièrement semblable à celle de Paris.

222. Celle d'Orléans, art. 218, a aussi une disposition semblable; sauf qu'au lieu que la coutume de Paris se contente purement et simplement de la caution juratoire de la femme, lorsqu'elle ne se remarie pas, la coutume d'Orléans ne s'en contente qu'à la charge par la femme d'affirmer qu'elle n'en peut donner d'autre, ce qu'il était fort inutile d'exiger; car l'héritier du mari étant obligé de se contenter de la caution juratoire de la femme, lorsqu'elle ne trouve pas de fidéjusseurs qui veuillent se rendre cautions pour elle, il arrivera toujours qu'elle n'en trouvera point, et qu'aucun de ses parents et amis ne voudra, sans que besoin en soit, contracter pour elle un cautionnement dont elle peut se passer.

Les coutumes de Montfort, de Mantes et de Nivernais se contentent aussi de la caution de la douairière, *telle qu'elle pourra la bailler,* c'est-à-dire de la caution juratoire; car elle dira toujours qu'elle n'en peut bailler d'autre; et ces coutumes ne font même aucune distinction du cas auquel la douairière demeure en viduité, et de celui auquel elle se remarie.

223. Celle de Nivernais, tit. 24, art. 11, fait une autre distinction. Elle se contente bien de la caution juratoire de la femme, lorsque son douaire consiste dans l'usufruit d'héritages; mais si le douaire consiste dans l'usufruit d'une somme d'argent ou de choses mobilières, elle exige de la douairière *bonne et suffisante caution,* c'est-à-dire caution fidéjussoire; et faute par elle de la bailler, elle autorise l'héritier à retenir la somme, en faisant à la douairière l'intérêt de ladite somme, jusqu'à ce qu'elle ait fourni ladite caution[2].

Cette coutume, par ledit article, ordonne aussi que, si la douairière avait fait des dégradations dans les héritages dont elle jouit, elle soit, outre la priva-

---

[1] *V.* art. 601, C. civ., ci-dessus, p. 404, note 1.

[2] Voilà une disposition de coutume locale qui a une grande analogie avec l'art. 603, C. civ.

Art. 603 : « A défaut d'une caution « de la part de l'usufruitier, le propriétaire peut exiger que les meubles qui « dépérissent par l'usage soient vendus, pour le prix en être placé comme « celui des denrées; et alors l'usufruitier jouit de l'intérêt pendant son « usufruit. cependant l'usufruitier « pourra demander, et les juges pourront ordonner, suivant les circonstances, qu'une partie des meubles « nécessaires pour son usage lui soit « délaissée, sous sa simple caution juratoire, et à la charge de les représenter à l'extinction de l'usufruit. »

tion de son douaire dans les choses détériorées, tenue de donner pour le surplus *caution suffisante*.

224. La coutume d'Auxerre et celle de Châteauneuf sont entièrement opposées à celles que nous venons de rapporter. Elles exigent indistinctement de la douairière une caution *selon la forme de droit;* ce qui ne peut s'entendre que de la caution fidéjussoire; car c'est celle que le droit romain exige des usufruitiers, comme nous l'avons vu ci-dessus.

Celle de Bar ne dispense la douairière de cette caution qu'envers ses enfants; car elle dit en l'art. 89 : « Et au cas qu'il n'y ait enfants du mariage, ou qu'elle « convole en secondes noces, donnera caution. »

225. Que doit-on décider dans les coutumes qui ne se sont pas expliquées sur la caution que doit donner la douairière? J'inclinerais à penser qu'on doit étendre à ces coutumes l'article 264 de la coutume de Paris; car cet article étant un des articles ajoutés lors de la réformation, il y a apparence qu'il a été formé sur la jurisprudence qui était alors reçue, ainsi que l'ont été la plupart desdits articles ajoutés.

226. Dans cette variété de coutumes, on doit, pour l'espèce de caution que la douairière doit donner, suivre, à l'égard du douaire coutumier, les dispositions des coutumes qui régissent les biens dont il est composé. Par exemple, lorsque les héritages sujets au douaire coutumier sont, les uns situés à Paris, les autres dans l'Auxerrois; quelque part que fût le domicile du mari, la douairière pourra jouir, à sa caution juratoire, des biens situés à Paris; mais elle sera tenue de donner caution fidéjussoire pour jouir de ceux situés dans l'Auxerrois.

A l'égard du douaire conventionnel, comme ce n'est pas des coutumes que la douairière le tient, on doit, pour l'espèce de caution qu'elle doit donner, suivre la coutume à laquelle les parties se sont soumises pour leurs conventions par leur contrat de mariage; et s'il n'y a pas de soumission à une coutume, on doit suivre celle du lieu du domicile que le mari avait alors.

227. Dans les cas auxquels la douairière est obligée, pour jouir de son douaire, de donner caution fidéjussoire; si elle ne peut la donner, la jouissance des héritages dont elle doit jouir en usufruit, doit être séquestrée entre les mains d'un séquestre, qui doit compter tous les ans à la douairière des revenus, déduction faite des charges et des frais de séquestre [1].

228. Il est évident que l'article 264 de la coutume de Paris, et tout ce que nous avons dit en ce paragraphe, ne concerne que le douaire qui consiste en usufruit, et qu'il n'y a pas lieu à la question lorsque, par la convention, la douairière a la propriété de son douaire. Néanmoins Lemaître prétend que, même en ce cas, la douairière doit donner caution; parce que, dit-il, dans le cas auquel elle se remarierait, elle serait obligée, suivant le second chef, de restituer, après sa mort, aux enfants de son premier mariage, ce qui lui a été donné pour son douaire. Cette opinion de Lemaître me paraît destituée de fondement.

§ IV. *Si la douairière est obligée d'entretenir les baux faits par son mari, des héritages sujets à son douaire.*

229. A s'en tenir aux principes de droit, la douairière, lorsqu'elle, a

---

[1] *V.* art. 602, C. civ., qui renferme la même disposition.

Art. 602 : « Si l'usufruitier ne trouve « pas de caution, les immeubles sont « donnés à ferme ou mis en séquestre; « —Les sommes comprises dans l'usufruit sont placées;—Les denrées sont « vendues, et le prix en provenant est « pareillement placé;—Les intérêts de « ces sommes et les prix des fermes « appartiennent, dans ce cas, à l'usu- « fruitier. »

renoncé à la communauté, paraît n'être aucunement tenue de l'entretien des baux que son mari a faits des héritages sujets à son douaire. Elle n'en doit pas plus être tenue qu'un acheteur qui a acheté un héritage sans la charge de l'entretien du bail, ou un légataire qui n'en aurait pas été chargé par le testateur.

Il est décidé en droit, que cet acheteur et ce légataire ne sont point tenus d'entretenir le bail d'un simple fermier et d'un simple locataire. La raison est, que le droit qu'un simple locataire ou fermier a de jouir de l'héritage qui lui a été loué ou affermé, n'étant pas un droit qu'il ait dans l'héritage, mais un droit personnel, qui procède uniquement de l'obligation que son bailleur a contractée envers lui, de lui en accorder la jouissance, il ne peut avoir ce droit que vis-à-vis de son bailleur qui a contracté envers lui cette obligation, et vis-à-vis de ceux qui auraient succédé à cette obligation de son bailleur, tels que sont ses héritiers ou autres successeurs universels; mais il ne peut avoir ce droit vis-à-vis de cet acheteur ou de ce légataire, qui n'ont point été chargés de cette obligation : or, la même raison milite à l'égard d'une douairière qui a renoncé à la communauté : déchargée de toutes les dettes que son mari a contractées durant la communauté, elle n'est point tenue de celles qui résultent des baux à ferme ou à loyer des héritages sujets à son douaire, que son mari a faits durant la communauté[1].

En vain opposerait-on que les baux que le mari a faits durant le mariage, des héritages propres de sa femme, lorsqu'ils ont été faits sans fraude, obligent la femme, qui est obligée de les entretenir après la mort de son mari, comme nous l'avons vu en notre *Traité de la Puissance du mari*. On en conclut mal qu'elle doit être pareillement tenue de l'entretien des baux des héritages sujets à son douaire. La raison de différence est, que le mari étant, pendant le mariage, l'administrateur de la personne et des biens de sa femme, il est censé faire en cette qualité les baux qu'il fait des héritages propres de sa femme; et, par conséquent, la femme est censée les avoir faits elle-même par le ministère de son mari, de même qu'un mineur est censé faire lui-même ce que son tuteur fait en sa qualité de tuteur, suivant cette maxime de droit : *Le fait du tuteur est celui du mineur.* Il n'en est pas de même des baux que le mari fait de ses héritages sujets au douaire; ces héritages étant les héritages du mari, le mari fait les baux de ces héritages tant en son propre nom, qu'en son nom de chef de communauté; la femme, qui a renoncé à la communauté, n'a aucune part à ces baux.

Nonobstant ces raisons, plusieurs pensent que, quoiqu'à s'en tenir à la rigueur des principes, la douairière ne soit pas tenue de l'entretien des baux des héritages sujets à son douaire, néanmoins lorsqu'ils ont été faits de bonne foi, et sans deniers d'entrée, elle doit les entretenir, par une raison de bienséance, qui est que la mémoire de son mari l'oblige à des égards envers les héritiers de son mari; égards qui ne lui permettent pas de les exposer à des recours de garantie de la part des fermiers et locataires, lorsqu'elle peut, sans beaucoup se préjudicier, entretenir ces baux.

C'est sur une semblable raison que les coutumes obligent le seigneur féodal qui a mis en sa main, par une saisie féodale, les fiefs de ces vassaux, d'entretenir les baux que ses vassaux ont faits. C'était l'avis de feu M. Rousseau.

---

[1] Cette doctrine au sujet du bail a été changée par l'art. 1743, C. civ. Nous verrons dans le traité du louage, s'il faut en conclure, comme le font quelques auteurs, que le preneur a un droit réel.

Art. 1743 : « Si le bailleur vend la « chose louée, l'acquéreur ne peut ex- « pulser le fermier ou le locataire qui « a un bail authentique ou dont la date « est certaine, à moins qu'il ne se soit « réservé ce droit par le contrat de bail. »

ART. III. — Des charges attachées à l'usufruit de la douairière.

Nous avons déjà traité *suprà*, chap. 1, art. 2, § 6, des charges sous lesquelles les coutumes accordaient le douaire coutumier à la femme; nous ne traitons ici que de celles qui sont attachées à son usufruit, qui sont communes à tous les usufruitiers.

Nous en remarquons deux; — 1° celle d'acquitter toutes les charges foncières de l'héritage dont la douairière jouit en usufruit, et qui naissent pendant le temps de son usufruit; — 2° celle d'entretenir les héritages, et de faire les réparations d'entretien qui y surviennent à faire pendant ledit temps.

§ Ier. *De la charge d'acquitter les charges foncières.*

230. La douairière, de même que tous les autres usufruitiers, est chargée d'acquitter les charges foncières des héritages dont elle jouit par usufruit, qui échoient pendant tout le temps que dure son usufruit.

Elle est tenue non-seulement des charges annuelles et ordinaires, telles que sont les arrérages de cens, de rentes foncières, les champarts, la dîme [1], elle est pareillement tenue des extraordinaires, telles que sont les tailles d'église, celles pour la réfection des pavés, celles qu'on impose sur les maisons de ville d'un certain quartier, pour la réfection du puits ou de la fontaine de ce quartier; les dixièmes, les vingtièmes, et autres impositions de pareille nature. Cela est conforme à ce qui est décidé en la loi 28, ff. *de Usufr. leg.*, qui dit : *Si indictiones temporariæ indictæ sint,... hoc onus ad fructuarium pertinet* [2]; L. 27, § 3, ff. *de Usufr.*

231. On a fait la question, si le droit de franc fief est à la charge de la douairière. Bacquet tient l'affirmative, par la raison qu'il dit que ce droit est dû pour la jouissance. L'arrêt du conseil du 13 avril 1751, art. 20, a suivi cette opinion de Bacquet.

232. Quoique les devoirs de fief et les profits féodaux soient des charges foncières, néanmoins la coutume de Paris en décharge la douairière en l'art. 40, où il est dit : « La femme douairière n'est tenue, pour son douaire, « faire la foi et hommage, ne payer aucun relief ni profit; mais est tenu l'hé- « ritage l'en acquitter, et payer le profit, s'il est dû de son chef. »

La raison est tirée de la nature même de la foi et hommage. Anciennement les fiefs étaient personnels, et ne passaient pas à l'héritier : s'ils sont devenus par la suite héréditaires, c'est à la charge par l'héritier de s'en faire investir par le seigneur. Sans cette investiture l'héritier est censé, vis-à-vis du seigneur, n'avoir pas encore succédé au fief, et le seigneur peut, par la saisie féodale, s'en mettre en possession comme d'un fief vacant. C'est la foi et hommage que le vassal porte au seigneur, et en laquelle le seigneur le reçoit, qui est l'investiture du fief : c'est donc l'héritier, qui a besoin d'être investi pour succéder au fief, qui doit porter la foi et hommage; la douairière, qui n'est qu'une usufruitière, n'a aucune qualité pour la porter : car ce n'est pas à des usufruitiers, ce n'est qu'au propriétaire que s'accorde, par la réception en foi, l'investiture du fief.

---

[1] Les cens, champarts et dîmes sont abolis : quant aux rentes, quoique foncières, elles ne sont plus une charge réelle de l'immeuble, elles constituent une dette personnelle, et la douairière, à titre universel, n'en serait tenue que pour sa part d'arrérages.

[2] V. art. 608, C. civ.

Art. 608 : « L'usufruitier est tenu, « pendant sa jouissance, de toutes les « charges annuelles de l'héritage, telles « que les contributions et autres qui « dans l'usage sont censées charges « des fruits. »

Le relief ou rachat n'est pas dû non plus par la douairière ; car ce rachat est le prix de l'investiture. Ce n'est qu'à la charge de ce rachat que le seigneur est tenu d'accorder l'investiture à l'héritier, et que l'héritier, vis-à-vis du seigneur, peut succéder au fief : c'est donc l'héritier, qui a besoin de cette investiture, qui doit le rachat [1].

233. Sur ces mots, *est tenu l'héritier l'en acquitter*, observez que, si l'héritier négligeait de porter la foi pour l'héritage sujet au douaire, le seigneur, en le saisissant féodalement, ne serait pas tenu de laisser jouir la douairière, n'étant pas tenu des charges imposées par le vassal sur le fief qu'il met en sa main : mais la coutume veut en ce cas que l'héritier qui a donné lieu à la saisie féodale par sa négligence à porter la foi, soit tenu d'acquitter et d'indemniser la douairière de la privation de son usufruit pendant tout le temps qu'aura duré la saisie.

Enfin la coutume dit, *payer le profit, s'il est dû de son chef.* Il n'est dû profit du chef de l'héritier, que lorsque l'héritier est un collatéral ; sauf à l'égard des fiefs régis par la coutume de Vexin, pour lesquels il est dû même par les enfants.

234. Quoique la coutume, par cet article, ne parle que de la foi et du profit dû pour la mutation qui arrive par la mort du mari, il en est de même de la foi et des profits dus pour toutes les mutations qui peuvent arriver pendant tout le temps que durera l'usufruit de la douairière: ce n'est point elle qui en est tenue, c'est le propriétaire, par les raisons ci-dessus rapportées.

235. Il y a dans la ville d'Orléans des censives dans lesquelles il est dû à toutes mutations, même par succession de la ligne directe, un profit qui consiste dans le revenu d'une année de la maison, et qu'on appelle *relevoison à plaisir.* C'est une question, si c'est la douairière qui jouit en usufruit de la maison sujette à ce droit, qui est chargée de la relevoison due par la mort du mari, ou si c'est l'héritier du mari qui doit l'acquitter ?

Pour en charger la douairière, on dit que les raisons pour lesquelles la coutume de Paris a déchargé la douairière du profit de relief ou de rachat, ne militent point à l'égard des relevoisons à plaisir, qui ne sont pas, comme l'est le rachat, le prix d'une investiture, mais ne sont qu'une charge foncière : or la douairière et tous les autres usufruitiers sont chargés des charges foncières. D'ailleurs le seigneur, en prenant, pour le profit qui lui est dû, le revenu d'une année de la maison, fait souffrir à la douairière une éviction du revenu d'une année ; de laquelle éviction l'héritier ne doit pas être tenu d'acquitter la femme, l'héritier n'étant garant envers la douairière que des évictions qui procéderaient du fait du mari ou du sien.

Nonobstant ces raisons on doit décider, dans le cas du douaire coutumier, que la relevoison qui est due par la mort du mari, est à la charge de l'héritier du mari, et non de la douairière. La raison est que dans la coutume d'Orléans, l'usufruit du douaire coutumier ne commence que du jour qu'il est demandé : la relevoison à plaisir, qui est due par la mort du mari, est née et due dès l'instant de la mort du mari, et par conséquent avant que l'usufruit ait commencé : or la douairière n'est tenue que des charges foncières qui sont nées pendant le temps de son usufruit, et non de celles qui sont nées auparavant.

A l'égard de l'autre argument, qui consiste à dire que le seigneur ayant le droit d'avoir le revenu d'une année de la maison, la douairière souffre éviction de la jouissance d'une année, de laquelle éviction l'héritier n'est pas garant envers elle, au moyen de quoi la charge de la relevoison tombe sur elle ; cet argument porte sur un faux principe. Il suppose que la relevoison à plaisir consiste dans la jouissance en nature de la maison pendant une année ; ce qui

---

[1] Ces questions sont étrangères à notre droit actuel.

est faux. Lorsque la coutume d'Orléans dit, art. 124, que la relevoison à plaisir est *le revenu de l'héritage pour un an*, cela ne doit pas s'entendre de la jouissance en nature, mais d'une somme d'argent dont le revenu de l'année de la maison soit la mesure, c'est-à-dire, une somme d'argent égale à celle du revenu d'une année de la maison : ce n'est que dans cette somme d'argent que consiste la relevoison à plaisir.

Il est vrai que l'article 128 permet au censitaire d'offrir au seigneur la jouissance en nature de la maison pendant une année, pour s'acquitter de la relevoison; mais cette jouissance en nature n'est pas la chose qui est due pour la relevoison, mais celle qu'il est permis au débiteur d'offrir à la place *quand bon lui semble* ; et lorsque c'est à lui que cette jouissance appartient, elle n'est qu'*in facultate solutionis* ; ce n'est qu'une simple somme d'argent qui est *in obligatione*, et qui est due par l'héritier. Il est donc faux que le seigneur ait droit d'avoir pour la relevoison la jouissance en nature de la maison, et d'en évincer la douairière ; il n'est créancier pour cette relevoison, que d'une simple somme. Il est vrai que, faute de paiement de cette somme d'argent qui lui est due pour la relevoison, il peut obstacler la maison, et empêcher la jouissance de la douairière ; mais elle en doit en ce cas être acquittée par l'héritier, puisque c'est lui qui y donne lieu, faute par lui de payer la relevoison dont il est le débiteur.

236. Lorsque la jouissance d'une maison sujette au droit de relevoison à plaisir, a été assignée à une femme pour son douaire conventionnel, il semble qu'on ne peut en ce cas se dispenser de charger la douairière du profit de relevoison; car la douairière étant saisie du douaire conventionnel dès l'instant de la mort de son mari, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 169, la relevoison se trouve être née et due pendant le temps de son usufruit, et par conséquent être une charge de son usufruit. Il y a néanmoins encore en ce cas une raison pour l'en décharger, tirée tant de la nature du douaire, que de celle de la relevoison à plaisir.

Il est de la nature du douaire, qu'il soit constitué pour servir à la substance de la femme ; *suprà*, n° 1. Il est par conséquent contre le vœu et la fin que se sont proposés les parties par la constitution du douaire, que la douairière fût chargée du profit de relevoison, qui, par sa nature, consiste dans le revenu entier de la maison pendant une année, et qui ne laisse par conséquent rien pour la subsistance de la femme pendant cette année.

On peut employer la même raison pour décharger la douairière des relevoisons qui naissent par les mutations qui arrivent par la mort des propriétaires de la maison pendant le temps de son usufruit ; et c'est celle qu'emploie Dumoulin pour décharger la douairière des profits de rachat qui naissent pendant le temps de l'usufruit qu'elle a d'un fief [1].

§ II. *De la charge des réparations qui surviennent pendant l'usufruit.*

237. La charge des réparations d'entretien qui surviennent à faire aux héritages dont la douairière jouit en usufruit pendant le cours de son usufruit, est pareillement une charge de l'usufruit de la douairière, qui lui est commune

[1] Dans le système de la loi du 22 frimaire an 7 sur les droits à payer pour mutation de droits, celui qui devient usufruitier doit payer pour son propre compte le droit d'enregistrement à raison de son acquisition, laquelle est estimée à la moitié de la valeur du fonds pris en plein domaine. Quant au propriétaire il doit payer le droit comme si le fonds n'était pas grevé d'usufruit. Il faudrait appliquer ces principes aux douaires qui s'ouvriraient sous l'empire des lois nouvelles, ainsi que l'a décidé la Cour de cassation par arrêt du 19 août 1806. (Enregistr., C. de Brauwer, V. *J.. Pal.*, à sa date, t. 5, p. 464.)

avec tous les autres usufruitiers : *Eum ad quem ususfructus pertinet, sarta tecta suis sumptibus præstare debere explorati juris est*; L. 7, Cod. *de Usufr.*

Cette charge de réparations comprend non-seulement celles qui sont à faire à des bâtiments, mais généralement toutes les réparations d'entretien qui sont à faire aux héritages dont quelqu'un jouit en usufruit, de quelque nature que soient ces héritages, telles que sont le curage des fossés qui environnent les terres, les réparations qui sont à faire à la chaussée ou à la bonde d'un étang, l'entretien d'une digue [1], etc.

La douairière et les autres usufruitiers peuvent-ils se décharger des réparations qui se trouvent à faire pendant le temps de leur usufruit, en offrant d'abandonner leur usufruit?

Ulpien décide que l'usufruitier est reçu à cet abandon : *Quum fructuarius paratus est usumfructum derelinquere, non est cogendus domum reficere, in quibus casibus usufructuario hoc onus incumbit*; L. 64, ff. *de Usufr.*— Paul décide la même chose : *Si absente fructuario, hæres quasi negotium ejus gerens reficiat, negotiorum gestorum actionem adversùs fructuarium habet : tametsi sibi in futurum hæres prospiceret*; *sed si paratus sit recedere ab usufructu, non est cogendus reficere, sed actione negotiorum gestorum liberatur*; L. 48, ff. *eod. tit.*

Cela doit s'entendre avec cette limitation, que l'usufruitier n'est reçu à se décharger des réparations en abandonnant son usufruit, qu'autant qu'elles ne procéderaient pas de son fait : *Quum fructuarius debeat quod suo suorumque facto deterius factum sit reficere, non est absolvendus, licèt usumfructum derelinquere paratus sit*; L. 65, ff. *eod. tit.*

Ce principe, qu'un usufruitier peut se décharger des réparations en abandonnant son usufruit, est conforme à un principe général, que celui qui est tenu d'une charge à cause d'une chose, peut, en abandonnant la chose, se décharger de la charge.

Cet abandon auquel est reçu un usufruitier pour se décharger des réparations survenues pendant le temps de sa jouissance, doit s'entendre de l'abandon de son usufruit, non-seulement pour l'avenir, mais même pour le passé; c'est-à-dire qu'il doit compter des fruits qu'il a perçus; les réparations qui se trouvent à faire en étant des charges [2].

---

[1] *V.* art. 605, C. civ.

Art. 605 : « L'usufruitier n'est tenu « qu'aux réparations d'entretien.—Les « grosses réparations demeurent à la « charge du propriétaire, à moins « qu'elles n'aient été occasionnées par « le défaut de réparations d'entretien, « depuis l'ouverture de l'usufruit ; au- « quel cas l'usufruitier en est aussi « tenu. »

[2] Pour justifier cette décision on dit qu'il s'agit ici d'une charge à *cause de la chose*, que cette charge ne pèse directement que sur le fonds et ne suit que le fonds; c'est l'héritage qui doit et non pas la personne, en sorte que si celui qui jouit de l'immeuble peut être contraint à faire la prestation de la charge, c'est parce qu'il possède et en tant qu'il possède le fonds qui en est grevé, dont cette charge ne peut plus exister dès qu'il a cessé de jouir et qu'il n'existe plus d'usufruit. Voilà sans doute un raisonnement péremptoire pour les réparations dont la cause est postérieure à l'abandon fait par l'usufruitier; mais il nous frappe beaucoup moins en ce qui concerne les réparations qui se trouvent à faire pendant le temps de l'usufruit : n'y a-t-il pas dans ce cas un acquiescement de l'usufruitier à supporter personnellement les charges d'entretien et autres charges annuelles tant qu'il n'a pas abandonné sa jouissance? Cette volonté, au moins tacite, ne constitue-t-elle pas un quasi-contrat qui rendrait l'usufruitier personnellement débiteur? Pourquoi, par un abandon rétroactif des fruits, lui permettre de se soustraire à des charges qui étaient la conséquence légale de sa continuation volontaire de jouissance; charges qu'il a conséquemment acceptées?

Si l'usufruitier avait fait toutes les réparations qui étaient à faire, et qu'il voulût seulement se décharger de celles qui surviendraient à l'avenir, il ne serait obligé d'abandonner son usufruit que pour l'avenir.

238. La douairière, de même que les autres usufruitiers, n'est tenue que des réparations d'entretien qui surviennent à faire pendant le temps de son usufruit; elle n'est pas tenue des grosses réparations : *Si quæ vetustate corruerint, reficere non cogitur: modica igitur refectio ad eum pertinet;* L. 7, § 2.

Nous avons expliqué en notre *Traité de la Communauté*, nos 271 et 272, quelles sont les réparations qu'on répute *grosses*, et quelles sont celles qui sont réparations *usufruitières* [1]; nous y renvoyons.

En un cas la douairière est tenue même des grosses réparations; savoir, lorsqu'elles procèdent du défaut d'entretien auquel elle est obligée, et par conséquent de sa faute : hors ce cas, elle n'en est pas tenue [2].

239. Elle n'est pas tenue de celles qui étaient déjà à faire lors de la mort de son mari, dès avant que son usufruit ait commencé.

Peut-elle obliger l'héritier à les faire?

Pour la négative, on dira qu'un usufruit est un droit de servitude: or il est de la nature de tous les droits de servitude, que le propriétaire de l'héritage qui en est chargé, n'est point tenu de faire aucune chose, mais qu'il est seulement tenu de souffrir jouir de la servitude celui à qui elle est due, et de s'abstenir de faire tout ce qui pourrait en empêcher la jouissance : *Servitutum non ea natura est ut aliquid faciat quis.... sed ut aliquid patiatur, aut non faciat;* L. 15, § 1, ff. *de Servitut.*—Suivant ce principe, Pomponius décide que, lorsque l'usufruit d'un héritage a été légué à quelqu'un, l'héritier n'est pas plus tenu de faire les réparations qui s'y trouvent à faire au temps de la mort du testateur, que si c'était la propriété qui eût été léguée, le testateur étant censé avoir légué l'usufruit de l'héritage en l'état auquel il se trouverait. Dans le cas d'un legs d'usufruit, dit Pomponius, *Non magis hæres reficere quod vetustate jam deterius factum reliquisset tenetur, quàm si proprietatem alicui testator legasset;* L. 65, § 1, ff. *de Usufr.*

Nonobstant ces raisons, on doit décider que les réparations d'entretien qui sont à faire au temps de la mort du mari, sur les héritages sujets au douaire de la femme, doivent être faites aux dépens de la communauté, lorsque la douairière a accepté la communauté; et aux dépens de l'héritier seul, lorsqu'il y a exclusion de communauté, ou lorsque la femme y a renoncé; et que la douairière a action contre l'héritier pour l'obliger à les faire.

La raison est que le mari, en se mariant, contracte l'obligation envers sa femme de lui laisser après sa mort l'usufruit des héritages que les coutumes ou la convention du mariage lui assignent pour son douaire. Cette obligation renferme une obligation secondaire que le mari contracte, de faire toutes les réparations qui sont à faire jusqu'au temps de l'ouverture du douaire, aux héritages qui doivent être sujets à cet usufruit, et de les conserver en bon état, de manière que l'usufruit qu'il doit laisser après sa mort à sa femme, ne soit pas détérioré. Cela est conforme aux principes généraux de droit, suivant lesquels le débiteur d'une chose contracte une obligation secondaire de la conserver en bon état jusqu'au temps auquel il doit la donner, comme nous l'avons

---

[1] *V.* art. 606, C. civ.

Art. 606 : « Les grosses réparations « sont celles des gros murs et des voû« tes, le rétablissement des poutres et « des couvertures entières;—Celui des « digues et des murs de soutenement « et de clôture aussi en entier.—Toutes « les autres réparations sont d'entre« tien. »

[2] *V.* art. 605, 2e alinéa, C. civ., qui renferme la même disposition (ci-dessus, p. 414, note 1).

vu en notre *Traité des Obligations*, n° 142. Le mari ayant donc dû faire les réparations qui se sont trouvées à faire lors de sa mort, son héritier, qui succède à ses obligations, est tenu de les faire, et de laisser à la douairière en bon état les héritages dont elle doit jouir.

A l'égard des raisons que nous avons proposées comme raisons de douter, il est facile d'y répondre. Il est vrai que le droit d'usufruit, de même que le droit de toutes les autres servitudes, n'oblige pas le propriétaire de l'héritage qui en est chargé, à faire quelque chose: aussi ce n'est pas du droit d'usufruit que naît l'action qu'a la douairière pour obliger l'héritier du mari à faire les réparations qui se sont trouvées à faire, au temps de la mort de son mari, sur les héritages dont elle doit avoir l'usufruit; mais elle naît de l'obligation personnelle que son mari a contractée envers elle en l'épousant [1].

L'espèce de la loi 65, § 1, ne peut avoir aucune application à celle d'une douairière. Si, dans l'espèce de cette loi, l'héritier n'est pas obligé à faire les réparations qui se trouvent à faire au temps de la mort du testateur, à un héritage dont le testateur a légué à quelqu'un l'usufruit, c'est qu'un testateur ne contracte aucune obligation envers ceux à qui il fait des legs: mais le mari, comme nous l'avons dit, contracte en se mariant l'obligation de conserver et d'entretenir les héritages dont l'usufruit est assigné à sa femme pour son douaire.

ART. IV. — A quoi l'usufruit de la douairière oblige-t-il envers elle le propriétaire des héritages qui y sont sujets?

240. L'usufruit dont un héritage est chargé, oblige le propriétaire à souffrir jouir l'usufruitier, tant qu'il ne mésuse pas de son fruit: *Proprietatis dominus non debebit impedire fructuarium ità utentem, ne deteriorem ejus conditionem faciat;* L. 15, § 6, ff. *de Usufr.*

On peut à cet égard établir pour principe, qu'il n'est pas permis au propriétaire d'un héritage chargé d'usufruit, de rien faire qui puisse diminuer en rien la jouissance de l'usufruitier [2].

Corollaire premier. — Il ne lui est pas permis de rien détruire de ce qui est sur l'héritage chargé d'usufruit.

La raison est que l'usufruitier ayant droit de jouir de l'héritage et de tout ce qui en fait partie, le propriétaire, en détruisant quelque chose qui se trouve sur l'héritage, et qui en fait partie, diminuerait en quelque chose la jouissance de l'usufruitier; ce qui, suivant notre principe, n'est pas permis au propriétaire.

Par exemple, il n'est pas permis au propriétaire d'une terre chargée d'usu-

---

[1] Lorsqu'il s'agit d'un usufruit ordinaire, l'usufruitier prend les choses dans l'état où elles sont. Art. 600.

Art. 600 : « L'usufruitier prend les « choses dans l'état où elles sont; mais « il ne peut entrer en jouissance qu'a- « près avoir fait dresser, en présence « du propriétaire, ou lui dûment ap- « pelé, un inventaire des meubles et « un état des immeubles sujets à l'usu- « fruit. »

[2] *V.* art. 599, 1er alinéa, C. civ.

Art. 599 : « Le propriétaire ne peut, « par son fait, ni de quelque manière « que ce soit, nuire aux droits de l'u- « sufruitier.—De son côté, l'usufruitier « ne peut, à la cessation de l'usufruit, « réclamer aucune indemnité pour les « améliorations qu'il prétendrait avoir « faites, encore que la valeur de la « chose en fût augmentée.—Il peut ce- « pendant, ou ses héritiers, enlever les « glaces, tableaux et autres ornements « qu'il aurait fait placer, mais à la char- « ge de rétablir les lieux dans leur « premier état. »

fruit, d'abattre un bois de haute-futaie; car il fait un agrément qui fait partie de la jouissance de l'usufruitier : cependant si le bois était tellement couronné, qu'il fût nécessaire de l'abattre, pour en empêcher le dépérissement et la perte, l'usufruitier ne pourrait en ce cas s'y opposer.

Le propriétaire peut aussi, lorsqu'il survient de grosses réparations, abattre quelques chênes dans ce bois, autant qu'il en faut pour lesdites réparations.

A l'égard des chênes épars dans les champs, l'usufruitier paraît sans intérêt pour empêcher le propriétaire d'en abattre, pourvu qu'il en laisse plus qu'il n'en faut pour les réparations usufruitières qui pourraient survenir.

Le propriétaire ne doit rien détruire de ce qui était sur l'héritage lors de la constitution d'usufruit: mais si la chose n'a été construite sur l'héritage par le propriétaire, que depuis la constitution d'usufruit, le propriétaire qui l'y a attachée, peut la détacher et l'enlever, tant que l'usufruitier ne s'y opposera pas; mais même en ce cas il ne le pourrait pas, si l'usufruitier s'y opposait. C'est ce qu'enseigne Alfenus : *Hæres in fundo cujus ususfructus legatus est, villam posuit; eam invito fructuario demolire non potest, nihilomagis quàm si quam arborem posuisset, ex fundo is evellere vellet: sed si antequàm usufructuarius prohibuerit, demolierit, impunè facturum*; L. 12, ff. *de Usufr. leg.*

241. *Corollaire II.*—Le propriétaire ne peut, contre le gré de l'usufruitier, faire sur l'héritage chargé d'usufruit aucune construction non nécessaire, quand même l'usufruit en serait bonifié.

C'est ce qu'enseigne Labéon, qui dit qu'il n'est pas permis au propriétaire d'un héritage chargé d'usufruit, d'élever d'un étage, contre le gré de l'usufruitier, un bâtiment dépendant de cet héritage, ni de construire un édifice sur une place nue de cet héritage: *Labeo scribit nec ædificium licere domino, te invito, altiùs tollere; sicut nec areæ fructu legato, potest in areâ ædificium poni*; L. 7, § 1, ff. *de Usufr.*

La raison est que l'usufruitier serait troublé dans la jouissance qu'il a droit d'avoir du bâtiment pendant le temps qu'on emploierait à l'élever, et de celle qu'il a droit d'avoir de la place pendant le temps qu'on emploierait à construire un édifice sur cette place; or il n'est pas permis au propriétaire d'apporter sans nécessité aucun trouble à la jouissance de l'usufruitier. D'ailleurs l'usufruitier ayant le droit de jouir de l'héritage en l'état qu'il est, il ne doit pas être permis au propriétaire de priver l'usufruitier de l'usage qu'il fait d'un terrein nu, en y construisant un bâtiment dont l'usufruitier n'a pas besoin.

A l'égard des constructions nécessaires pour la conservation de l'héritage chargé d'usufruit, telles que sont les grosses réparations qui y sont à faire, il est évident que l'usufruitier ne peut empêcher le propriétaire de les faire.

Il ne peut pas non plus empêcher que le propriétaire fasse garder l'héritage: *Dominus, etiam invito fructuario, fundum vel ædes per saltuarium vel insularium custodire potest*; L. 16, § 1, ff. *de Usu. et Habit.*

Dans notre droit, la chasse n'appartient pas à l'usufruitier d'un fief; le propriétaire du fief chargé d'usufruit, a droit d'y chasser, pourvu qu'il n'en gâte pas les fruits comme nous l'avons vu, *suprà*, n° 207, et d'y établir des gardes de chasse [1].

242. *Corollaire III.*—Le propriétaire ne peut, au préjudice de l'usufruitier, imposer aucune servitude sur l'héritage chargé d'usufruit, ni pareillement remettre aucune de celles qui sont dues à cet héritage. C'est ce qu'enseigne

---

[1] Cette décision tient à la nature particulière du droit de chasse; sous l'ancien ordre de choses, c'était un droit attaché à la qualité de seigneur; aujourd'hui il est au contraire une conséquence de la propriété, l'usufruitier doit donc en profiter. *V.* ci-dessus, p. 402, note 1.

Ulpien : *Nec servitutem imponere fundo potest proprietarius, nec remittere servitutem*; L. 15, § 7, ff. *de Usufr.*

Lorsque nous disons que le propriétaire ne peut, au préjudice de l'usufruitier, imposer aucune servitude sur l'héritage chargé d'usufruit, cela ne peut s'entendre que de celles qui donneraient quelque atteinte à la jouissance de l'usufruitier, et que l'usufruitier a quelque intérêt d'empêcher. Par exemple, le propriétaire d'une maison chargée d'usufruit, ne peut pas imposer sur cette maison une servitude de vue ou d'égout : car l'usufruitier a intérêt que le voisin n'ait pas vue sur la maison dont il jouit ; il a intérêt qu'elle ne soit pas sujette à recevoir les eaux de son voisin.

A l'égard de celles qui n'altèrent en rien la jouissance de l'usufruitier, il est permis au propriétaire de l'imposer ; et on ne peut pas dire en ce cas qu'il l'impose au préjudice de l'usufruitier, puisqu'il n'y a aucune intérêt. Par exemple, le propriétaire d'une maison chargée d'usufruit, peut imposer à cette maison la servitude *altiùs non tollendi*, c'est-à-dire, de ne pouvoir élever sa maison plus qu'elle ne l'est ; car l'usufruitier n'ayant le droit de jouir de la maison que telle qu'elle est, il est évident qu'il n'a aucun intérêt que la maison ne puisse être élevée plus qu'elle ne l'est ; *Proprietarius dominus, nequidem consentiente fructuario, servitutem imponere potest;* L. 15, § *fin.* ff. *de Usufr.* *Nisi quâ deterior fructuarii conditio non fiat, veluti si talem servitutem vicino concesserit, jus sibi non esse altiùs tollere*[1] ; L. 16, ff. *eod. tit.*

Observez, à l'égard de ces termes de la loi 15, *ne consentiente quidem fructuario*, que le jurisconsulte Paul parle selon la subtilité du droit. Suivant les principes subtils du droit romain, un usufruitier ne pouvait faire remise en tout ou partie de son droit d'usufruit, autrement que *modis civilibus*, tels qu'était la cession *in jure* : le consentement qu'il donnait, *nudo pacto*, à l'imposition d'une servitude qui altérait et diminuait son usufruit, ne pouvait donc pas être valable selon la subtilité du droit.

Nous n'avons pas admis dans notre droit toutes ces subtilités ; c'est pourquoi il n'est pas douteux dans notre droit, qu'une servitude qui altère et diminue l'usufruit dont un héritage est chargé, est valablement imposée par le propriétaire, lorsque l'usufruitier a bien voulu y consentir[2].

243. Le propriétaire n'ayant pas besoin du consentement de l'usufruitier pour imposer sur l'héritage chargé d'usufruit les servitudes qui sont de nature à n'altérer en rien l'usufruit ; à plus forte raison, il n'en a pas besoin pour acquérir des servitudes à l'héritage chargé d'usufruit, et l'usufruitier ne serait pas écouté à s'y opposer ; car, par cette acquisition, il ne fait que bonifier l'usufruit, bien loin de l'altérer en rien : *Acquirere planè servitutem eum posse, etiam invito fructuario, Julianus ait* ; L. 15, § 7, ff. *de Usufr.*

244. Ce n'est que sur l'héritage chargé d'usufruit, et par rapport à cet héritage, qu'il n'est pas permis au propriétaire de rien faire qui puisse altérer en rien l'usufruit dont il est chargé ; mais si ce propriétaire d'un héritage chargé d'usufruit avait un autre héritage voisin, dont il eût la pleine propriété, il lui serait permis de faire ce qu'il jugerait à propos sur l'héritage dont il a la pleine propriété, quoique l'usufruit dont est chargé l'autre héritage, en doive recevoir quelque atteinte, pourvu qu'il n'en reçoive pas trop d'atteinte.

Par exemple, il lui sera permis d'élever la maison dont il a la pleine pro-

---

[1] Il est un grand nombre de servitudes qui n'altèrent en rien la jouissance de l'usufruitier, telles sont en général les servitudes négatives, et le propriétaire, en constituant de semblables servitudes, reste dans la limite de son droit, car la loi lui défend seulement de nuire, de quelque manière que ce soit, aux droits de l'usufruitier.

[2] Cette décision, incontestable au temps où Pothier écrivait, est peut-être encore plus évidente aujourd'hui, car le Code veut que les conventions tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites.

priété, quoique cette élévation diminue le jour de celle qui est chargée d'usufruit; mais il ne lui serait pas permis de l'élever de manière qu'elle ôtât tout le jour à l'autre. C'est ce qu'enseigne Paul: *Si is qui binas ædes habebat, aliarum usumfructum legaverit; posse hæredem Marcellus scribit alteras altiùs tollendo, obscurare luminibus, quoniam habitari potest etiam obscuratis ædibus; quod usque adeò temperandum est, ut non in totum ædes obscurentur, sed modicum lumen, quod habitantibus sufficit, habeatur*[1]? L. 30, ff. *de Usufr.*

245. Le propriétaire de l'héritage ne doit avoir sur l'héritage qui est chargé d'usufruit, aucunes choses à lui appartenantes, qui fassent quelque obstacle à la libre jouissance de l'usufruitier; et quand même ce ne serait ni lui, ni aucune personne de sa part, qui les y auront apportées, il est obligé de les retirer, ou de les abandonner. C'est ce que le jurisconsulte Pomponius décide dans cette espèce: La violence des vents avait déraciné et renversé des arbres sur un héritage chargé d'usufruit, lesquels empêchaient la libre jouissance que l'usufruitier doit avoir du terrain où se trouvaient ces arbres renversés. Pomponius décide que l'usufruitier a action contre le propriétaire de l'héritage à qui ces arbres appartiennent, pour qu'il soit condamné à les retirer, ou à en abandonner la propriété: *Si arbores vento dejectas dominus non tollat, per quod incommodior sit usus fructus veliter; suis actionibus usufructuario cum eo experiundum*; L. 19, § 1. ff. *de Usufr. Quibus actionibus agitur*, ajoute la glose, *ut tollat, vel pro derelicto habeat.*

246. On demande si la douairière peut obliger l'héritier du mari, propriétaire de l'héritage dont elle jouit en usufruit, de faire les grosses réparations qui surviennent à faire à l'héritage pendant le cours de l'usufruit?

Pour la négative, on dira qu'il est de la nature de l'usufruit, de même que de tous les autres droits de servitude, que le propriétaire de l'héritage qui en est chargé, soit obligé à laisser jouir l'usufruitier, et à s'abstenir de faire tout ce qui pourrait donner la moindre atteinte à sa jouissance; mais qu'il est contre la nature des droits de servitude, que l'usufruitier puisse l'obliger à faire quelque chose. *Servitutum non ea natura est ut aliquid faciat quis..... sed ut patiatur, aut non faciat*; L. 15, § 1, ff. *de Servit.* Il suit, dira-t-on, de ce principe, que la douairière, bien qu'elle ne soit chargée que des réparations viagères et d'entretien, et non des grosses réparations, ne peut néanmoins contraindre le propriétaire à les faire, quoique, faute de les faire, la maison soit inexploitable, et que sur le refus du propriétaire de les faire, elle n'a d'autre ressource, pour pouvoir jouir de la maison, que de faire faire elle-même ces réparations, et d'en avancer le coût; sauf aux héritiers de la douairière à retenir la maison juqu'à ce qu'ils soient remboursés de ce qu'il en a coûté.

Il semble qu'on peut s'autoriser de la loi 7, § 2, ff. *de Usufr.*, où Ulpien, après avoir dit que l'usufruitier est chargé des réparations d'entretien, ajoute, qu à l'égard des reconstructions, on ne peut obliger ni l'usufruitier ni le propriétaire à les faire: *Si quæ vetustate corruissent, neutrum cogi reficere.* Nonobstant ces raisons, nos bons auteurs décident que la douairière peut contraindre l'héritier du mari, propriétaire des héritages dont elle jouit en usu-

---

[1] Cette décision ne nous paraît devoir être admise qu'avec une extrême circonspection, surtout dans l'espèce de la loi 30, ff. *de Usufr.*, car l'héritier personnellement obligé d'exécuter les legs, doit, dans cette exécution, se conformer à la volonté du testateur; or, il y a dans le cas prévu par cette loi une espèce de destination du père de famille, qui ne permet guère de supposer que le testateur, propriétaire unique des deux maisons, ait entendu que son héritier pourrait, en élevant celle qui n'est point grevée d'usufruit, nuire notablement aux jours de l'autre, et ne laisser à l'usufruitier que *modicum lumen*, *quod habitantibus sufficit.*

fruit, à faire les grosses réparations pendant le cours de l'usufruit. Dupineau, sur l'article 311 de la coutume d'Anjou, le dit en termes formels ; et cela est juste; car le mari ayant contracté envers sa femme l'obligation de lui laisser après sa mort, sous certaines charges, la jouissance des héritages qui doivent composer le douaire, à laquelle obligation l'héritier du mari succède, et à l'exécution de laquelle les héritages sont affectés, il ne doit pas être permis à l'héritier du mari ou autre propriétaire desdits héritages de contrevenir par des voies indirectes à cette obligation, en imposant indirectement à la douairière d'autres charges que celles dont elle est tenue[1]; or, s'il était permis à l'héritier du mari, propriétaire dudit héritage, de refuser de faire les grosses réparations qui surviennent pendant le cours de l'usufruit de la douairière, à une des maisons dont elle jouit, qu'il ne manquerait pas certainement de faire si la douairière n'en avait pas l'usufruit, et qu'il ne refuse de faire que parce qu'il sent que la douairière sera obligée de les faire elle-même, afin de pouvoir jouir de la maison, qui sans cela serait inexploitable; il est évident que, si cela était permis à l'héritier du mari, ce serait lui ouvrir une voie de contrevenir à son obligation, et d'imposer directement à la douairière la charge de l'avance des grosses réparations, qui est une charge dont elle n'est pas tenue, ne devant être tenue que de celles d'entretien. Le refus que l'héritier fait de faire les grosses réparations, étant donc présumé fait en fraude, il doit être condamné à les faire.

Il en serait autrement si la maison était totalement périe par un incendie ou quelque autre accident: la douairière ne pourrait en ce cas contraindre le propriétaire à rebâtir cette maison, qu'il ne rebâtirait peut-être pas, quand même elle ne serait pas chargée d'usufruit. On ne peut en ce cas suspecter de fraude le refus qu'il fait de la rebâtir. C'est de ce cas qu'on doit entendre ce que dit Ulpien : *Si quæ vetustate corruissent, neutrum cogi reficere.* Le propriétaire n'est en ce cas obligé à autre chose qu'à retirer les ruines qui empêchent l'usufruitier de jouir de la place, si mieux n'aime le propriétaire les abandonner[2]; *suprà*, n° 241.

CHAPITRE VI.

Quand finit l'usufruit de la douairière; en quels cas en est-elle privée; et si une femme peut avoir don et douaire.

ART. Ier. — Quand finit l'usufruit de la douairière.

247. L'usufruit de la douairière s'éteint par toutes les manières dont s'éteint celui de tous les autres usufruitiers.

1° Il s'éteint par la mort naturelle de la douairière : *Finitur ususfructus morte usufructuarii;* Instit. tit. *de Usufr.*, § 4.

---

[1] Ce raisonnement de Pothier n'est pas très concluant, car dans toute constitution d'usufruit il y a contre celui qui l'a établi ou contre son héritier l'obligation de souffrir la jouissance des objets frappés de l'usufruit au profit de l'usufruitier, et cependant il ne faut pas en conclure que le propriétaire soit précisément obligé de faire les grosses réparations pendant la durée de l'usufruit. Si on admettait une autre décision en ce qui concernait la douairière, c'était par une faveur particulière.

[2] *V.* art. 607, C. civ.

Art. 607 : « Ni le propriétaire, ni « l'usufruitier, ne sont tenus de rebâ- « tir ce qui est tombé de vétusté, ou « ce qui a été détruit par cas fortuit. »

2° Il s'éteint aussi par sa mort civile: *Finitur ususfructus duabus capitis minutionibus, minimâ et mediâ*[1]; Ibid.

Il est étonnant que, contre ce texte formel et plusieurs autres, l'auteur du cinquième tome du *Journal des Audiences*, liv. 8, chap. 6, p. 594, ose mettre dans la bouche de M. de Lamoignon, avocat général, que par les lois romaines l'usufruit, à la différence des autres servitudes personnelles, ne s'éteignait pas par la mort civile de l'usufruitier. Il est bien certain que ce savant magistrat n'a jamais dit pareille chose.

Si la douairière est condamnée à une peine capitale, telle qu'est celle du bannissement hors du royaume, son droit d'usufruit est éteint et se réunit à la propriété en même temps qu'elle perd la vie civile. Le seigneur confiscataire qui succède aux biens de la douairière, ne peut prétendre cet usufruit, qui est éteint, et qui ne se trouve plus dans les biens de la douairière[3].

Lorsque la douairière a été condamnée par contumace à une peine capitale, son état civil étant en ce cas en suspens, son droit d'usufruit doit pareillement être en suspens. Si elle meurt dans les cinq ans de l'exécution du jugement rendu par contumace, quoique sans s'être représentée; étant censée en ce cas n'avoir jamais perdu la vie civile, son droit d'usufruit est censé toujours subsister jusqu'à sa mort naturelle, et en conséquence tous les fruits perçus jusqu'à ce temps appartiendront à ses héritiers: au contraire si elle n'est morte qu'après les cinq ans depuis l'exécution du jugement rendu par contumace, sans avoir été arrêtée ni s'être représentée; étant censée en ce cas avoir perdu la vie civile dès le jour de l'exécution du jugement par contumace, son droit d'usufruit sera pareillement censé éteint et réuni à la propriété dès ce jour, et tous les fruits perçus depuis sur les héritages sujets à cet usufruit, appartiendront au propriétaire[4].

Lorsque la douairière condamnée par contumace, a été arrêtée, ou s'est volontairement représentée, soit dans les cinq ans, soit après, tout l'effet de la contumace étant en ce cas détruit, le droit de l'usufruit de la douairière sera censé n'avoir reçu aucune atteinte[5].

---

[1] *V.* art. 617, C. civ.

Art. 617 : « L'usufruit s'éteint,—Par « la mort naturelle et par la mort civile « de l'usufruitier ;—Par l'expiration du « temps pour lequel il a été accordé ;— « Par la consolidation ou la réunion, « sur la même tête, des deux qualités « d'usufruiter et de propriétaire ;— « Par le non-usage du droit pendant « trente ans;—Par la perte totale de « la chose sur laquelle l'usufruit est « établi. »

[2] Le bannissement n'est dans nos lois pénales actuelles qu'une peine infamante temporaire, et qui n'entraîne plus la mort civile.

[3] Il n'y a plus de confiscation générale ni au profit des seigneurs ni au profit de l'Etat.

[4] Aujourd'hui la mort civile n'atteint le condamné par contumace qu'après l'expiration de cinq ans depuis l'exécution par effigie de l'arrêt de condamnation, ce ne serait qu'à cette époque que l'usufruit cesserait, et tous les fruits perçus ou échus précédemment feraient partie de la succession de l'usufruitier.

[5] Si l'usufruitier est arrêté ou se constitue prisonnier avant l'expiration des cinq ans, l'usufruit a toujours continué; mais s'il n'est arrêté ou ne se constitue prisonnier qu'après les cinq ans, l'usufruit a cessé par la mort civile encourue, et nous ne voyons pas comment on pourrait le faire renaître même au cas d'acquittement de l'usufruitier, car l'art. 30 du Cod. civ. veut que le jugement conserve les effets que la mort civile avait produits.

Art. 30, C. civ. : « Lorsque le condamné par contumace, qui ne se sera « représenté ou qui n'aura été consti- « tué prisonnier qu'après les cinq ans, « sera absous par le nouveau juge- « ment, ou n'aura été condamné qu'à « une peine qui n'emportera pas la « mort civile, il rentrera dans la plé-

Lorsque la douairière fait profession religieuse dans un monastère par des vœux solennels; cette profession religieuse lui faisant perdre la vie civile, son droit d'usufruit est éteint par cette profession, comme il le serait par sa mort naturelle [1].

Néanmoins la jurisprudence des arrêts permet aux douairières, lorsque leur usufruit n'est pas trop considérable, de le conserver en ce cas, par forme de pension alimentaire, pendant leur vie naturelle. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du 23 janvier 1629, rapporté au tome 1er du *Journal des Audiences*, liv. 2, chap. 31 au profit du couvent des religieuses minimesses, où une douairière avait fait profession. L'arrêtiste remarque que le revenu annuel de ce douaire n'était que de vingt-cinq à trente écus, et que s'il eût été considérable, il eût été modéré.

248. 3° L'usufruit de la douairière, de même que celui des autres usufruitiers, s'éteint par la remise qu'elle en fait au propriétaire.

Par le droit romain, cette remise se faisait par la cession *in jure : In jure cessione amittitur ususfructus, quoties domino proprietatis eum fructuarius in jure cesserit ;* Paul, *Sentent.*, lib. 3, tit. 8, § 35.

Notre droit français n'ayant pas adopté les formalités du droit romain, la douairière, de même que les autres usufruitiers, peut faire remise au propriétaire de son droit d'usufruit par une simple convention.

Renusson (ch. 12, n° 30) met à ce sujet en question, si la douairière ayant fait remise de son droit d'usufruit à son fils propriétaire de l'héritage qui en était chargé, et ce fils étant mort depuis sans enfants, du vivant de sa mère, l'usufruit devait revivre au profit de la douairière ?

Il décide la question pour l'affirmative, parce que, dit-il, on doit présumer que la douairière n'a fait cette remise que par une considération personnelle pour son fils. Je pense qu'on doit décider au contraire, que son droit d'usufruit ne revivra pas. Quoique la considération personnelle pour son fils ait été le motif qui l'ait portée à faire la remise de son droit, il suffit qu'elle en ait fait la remise, pour qu'il ait été éteint par la remise qu'elle en a faite ; la remise qu'un usufruitier fait au propriétaire de son droit, étant une des manières dont s'éteint le droit d'usufruit : or ce qui est éteint ne peut plus revivre.

C'est pourquoi si la douairière veut que la convention ne profite qu'à son fils, elle ne doit pas faire une remise de son droit d'usufruit, mais convenir qu'elle n'en fera pas d'usage pendant la vie de son fils [2].

249. 4° L'usufruit de la douairière, de même que celui des autres usufruitiers, et de même que tous autres droits de servitude, s'éteint *non utendo*, c'est-à-dire lorsque l'usufruitier ne fait aucun usage de son droit pendant un certain temps réglé par la loi : *Finitur ususfructus*, dit Justinien, ... *non utendo per modum et tempus* [3]; Instit. tit. *de Usufr.*, § 4.

Justinien, par ces termes, *non utendo per modum*, nous apprend que, lorsqu'un usufruitier ne se sert de la chose dont il a l'usufruit, que pour des usages auxquels elle n'est pas destinée, il ne perd pas moins son usufruit *non utendo*, que s'il ne s'en était pas servi du tout ; car le droit d'usufruit qu'il a de cette chose, étant le droit de s'en servir pour les usages pour lesquels elle est desti-

---

« titude de ses droits civils, pour l'a-
« venir, et à compter du jour où il au-
« ra reparu en justice ; mais le premier
« jugement conservera, pour le passé,
« les effets que la mort civile avait
« produits dans l'intervalle écoulé
« depuis l'époque de l'expiration des
« cinq ans jusqu'au jour de sa com-
« parution en justice. »

[1] Cette cause d'extinction d'usufruit n'a plus lieu aujourd'hui.

[2] La doctrine de Pothier serait incontestablement admise aujourd'hui.

[3] Le Code dit, art. 617, *par le non-usage pendant trente ans*. V. ci-dessus, p. 421, note 1.

née, son droit d'usufruit ne lui donnant pas le droit de s'en servir pour d'autres usages; lorsqu'il s'en sert pour d'autres usages, ce n'est pas de son droit d'usufruit qu'il use; il n'en use pas plus que s'il ne se servait point du tout de la chose, et par conséquent il ne perd pas moins l'usufruit *non utendo*.

Justinien dit, *non utendo per modum et tempus* : il ne dit pas ici quel est ce temps. Par l'ancien droit, il suffisait que l'usufruitier d'un héritage eût laissé passer deux ans sans faire usage de son droit, pour qu'il perdît son droit *non utendo*. Par la constitution de Justinien, qui est en la loi 16, § 1, Cod. *de Usufruct.*, il faut dix ans *inter præsentes*, et vingt ans *inter absentes*.

Par notre droit, pour l'extinction du droit d'usufruit par le seul non-usage de l'usufruitier, il faut trente ans. Mais lorsqu'un tiers détenteur de l'héritage chargé d'usufruit, l'a possédé comme franc de l'usufruit, dont il n'avait pas de connaissance, pendant dix ans entre présents, et pendant vingt ans entre absents, il acquiert, par cette possession de dix ou de vingt ans, l'affranchissement et l'extinction du droit d'usufruit dont l'héritage était chargé [1].

Il y a néanmoins des coutumes, du nombre desquelles est notre coutume d'Orléans, qui n'admettent, en fait d'immeubles et de droits réels et immobiliers, d'autre prescription que celle de trente ans.

250. Pour que l'usufruitier perde son usufruit *non utendo*, il faut qu'il n'ait joui ni par lui-même, ni par un autre qui aurait joui par son ordre, ou même sans ordre, mais en son nom.

Par exemple, si l'usufruitier a vendu son usufruit à quelqu'un, ou lui en a fait donation, il est censé jouir par cet acheteur ou donataire, qui jouit par son ordre, et comme étant à ses droits.

Pareillement si, pendant l'absence de l'usufruitier, quelqu'un, quoique sans son ordre, fait valoir l'héritage, dans l'intention de lui en rendre compte, l'usufruitier est censé jouir par cette personne, parce que c'est pour lui et en son nom qu'elle fait valoir l'héritage. C'est ce qu'enseigne Marcien : *Non utitur fructuarius, si nec ipse utatur, nec nomine ejus alius, putà qui emit, vel qui conduxit, vel qui donatus est, vel qui negotium ejus gerit* [2]; L. 38, ff. *de Usufr.*

251. Il y a plus : quand même celui à qui l'usufruitier a vendu son usufruit, aurait abandonné la jouissance de l'héritage, et que personne n'en jouirait, l'usufruitier est censé jouir, par cela seul qu'il jouit de la somme d'argent qu'il a reçue pour le prix de son usufruit : *Si vendidero usumfructum, etiamsi emptor non utatur, videor usumfructum retinere eâ.* L. 38; *quia qui pretio fruitur, non magis habere intelligitur, quàm qui principali re utitur fruitur* [3]; L. 39, ff. *eod. tit.*

[1] Pothier suppose un tiers détenteur qui a titre et bonne foi; dans ce cas ce tiers acquiert par dix ou vingt ans la propriété pleine, ce qui produit nécessairement l'extinction de l'usufruit; mais on ne peut pas dire qu'il y ait acquisition de l'usufruit comme droit distinct et séparé de la propriété. Quoique le Code exige trente ans de non usage pour l'extinction de l'usufruit, cependant ce tiers détenteur, en invoquant l'art. 2265, C. civ., dont il réunit les conditions, soutiendra avec raison avoir acquis par le laps de 10 ou de 20 ans la pleine propriété du fonds. V. à ce sujet Proudhon, *Traité de l'Usuf.*, tom. 4, n° 2123.

Art. 2265 : « Celui qui acquiert de « bonne foi et par juste titre un im« meuble, en prescrit la propriété par « dix ans, si le véritable propriétaire « habite dans le ressort de la Cour « royale dans l'étendue de laquelle « l'immeuble est situé; et par vingt ans, « s'il est domicilié hors dudit ressort. »

[2] Ces décisions découlent naturellement du principe que l'usufruitier n'est point obligé de jouir par lui-même.

[3] Ces décisions des jurisconsultes romains que Pothier et des auteurs plus

Il en est de même lorsque celui à qui j'ai loué la maison dont j'ai l'usufruit, n'en est pas entré en jouissance par son fait; je ne laisse pas d'être censé jouir de la maison par les loyers qu'il me paie. Mais si j'avais donné gratuitement à quelqu'un l'usufruit que j'ai dans un héritage, je ne puis être censé en jouir qu'autant que le donataire en jouirait : *Quòd si donavero, non aliàs retineo, nisi ille utatur;* L. 40, ff. *eod. tit.*

252. Ce que nous venons de dire, que je suis censé jouir par le prix que j'ai reçu de mon usufruit que j'ai vendu, ou par les loyers que je reçois du locataire à qui j'ai loué l'héritage dont j'ai l'usufruit, quoique ces personnes ne jouissent pas de cet héritage, n'a lieu que lorsque personne n'en jouit : mais si un tiers s'en était mis en jouissance, lequel en jouit ou en son propre nom, ou en un autre nom que le mien, je ne puis plus dès lors être censé continuer de jouir, quand même je continuerais à en recevoir les loyers.

Par exemple, si j'avais donné à ferme l'héritage dont j'ai l'usufruit, à celui qui en est le propriétaire, et que celui-ci eût depuis vendu l'héritage à un tiers, sans réserve de l'usufruit, et qu'il l'en eût mis en possession, je ne pourrais plus dès lors être censé jouir, quoique je continuasse d'en recevoir les loyers : *Pomponius quærit, si fundum à me proprietarius conduxerit, eumque fundum vendiderit Seio, non deducto usufructu, an usumfructum per emptorem retineam; et ait : Licèt proprietarius mihi pensionem solverit, tamen usumfructum amitti, quia non meo nomine, sed suo fruitus est emptor;* L. 29, ff. *Quib. mod. ususfr. amitt.*

Pareillement, si le propriétaire de l'héritage dont j'ai l'usufruit, qui le tenait de moi à loyer, l'a lui-même donné à loyer à un tiers; si c'est par un sous-bail qu'il lui a fait, comme le tenant lui-même de moi, je serai censé continuer de jouir par ce sous-locataire; mais s'il l'a donné en son propre nom à loyer à ce tiers, je ne pourrai plus dès lors être censé continuer de jouir;

---

récents adoptent sans difficulté, nous paraissent fondées sur des motifs plus subtils que solides; nous ne comprenons pas bien pourquoi la jouissance du prix de vente ou de location peut, pour l'usufruitier, tenir lieu de la jouissance de la chose elle-même, c'est-à-dire remplacer ces faits positifs et patents de jouissance de la chose, lesquels indiquent ostensiblement l'exercice du droit et peuvent en conséquence le conserver. M. Proudhon dit à ce sujet « que l'intention de posséder suffit « pour la conservation de la possession, « *tant que nul autre ne s'y est entre- « mis;* parce que cette intention se « rattache à un fait positif de jouissance « de la part de l'usufruitier qui, rete- « nant le prix ou percevant le revenu « de son droit, ne peut être censé en « avoir fait l'abandon. » (*Traité de l'Usuf.*, n° 2110.)

Mais cette perception des revenus, ou rétention du prix n'est que le résultat de l'exécution du contrat de vente ou de location intervenu entre l'usufruitier, et l'acheteur ou le preneur. Est-il moins vrai de dire qu'il n'y a eu sur le fonds aucun acte d'exercice du droit d'usufruit soit de la part de l'usufruitier, soit en son nom? Si la raison donnée par Gaius en la loi 39 est vraie, *quia qui pretio fruitur, non minus habere intelligitur, quam qui principali re utitur fruitur*, il est fort indifférent qu'un autre se soit ou non mis en possession du fonds; car, suivant Gaius, l'usufruitier jouissant du prix du bail ou de la vente est censé jouir du fonds même NON MINUS *habere intelligitur, quam qui principali re utitur fruitur.* Pourquoi cette invasion d'un tiers changerait-elle les rapports du nu propriétaire et de l'usufruitier, si celui-ci conserve, par la jouissance du prix, la jouissance du fonds lui-même.

Remarquons, en terminant cette observation, que la loi n'exige aucun fait positif de la part du nu propriétaire, il suffit de l'inaction de l'usufruitier, *par le non-usage du droit, non utendo*

car ce n'est pas en mon nom que jouit celui qui le tient du propriétaire : *Si à me conductum usumfructum quis alii locaverit, retinetur ususfructus : sed si proprietarius eum locasset suo nomine, dicendum amitti; non enim meo fruitur colonus*; eàd. L. 29.

Observez que le jurisconsulte parle ici selon la subtilité du droit ; mais si le propriétaire prétendait en ce cas l'extinction de l'usufruit, *repelleretur per exceptionem doli* [1].

253. 5° L'usufruit de la douairière s'éteint par la résolution du droit qui son mari, qui le lui a constitué, avait dans l'héritage, lorsque cette résolution se fait *ex causâ antiquâ et necessariâ.*

Par exemple, lorsqu'une femme a pour son douaire l'usufruit d'un héritage que son mari avait acquis à titre de donation, d'une personne qui n'avait point d'enfants ; s'il survient un enfant à cette personne, la donation étant en ce cas révoquée, et par conséquent le droit qu'avait le mari dans l'héritage étant résolu *ex causâ antiquâ et necessariâ,* l'usufruit de la douairière doit pareillement se résoudre et s'éteindre.

La raison est que, personne ne pouvant transférer à un autre plus de droit dans une chose qu'il n'en a lui-même, le propriétaire d'un héritage dont le droit est sujet à se résoudre par l'événement de quelque condition, ne peut accorder à un autre dans cet héritage aucun droit d'usufruit, ni aucun autre droit, qui ne soit pareillement sujet à se résoudre par l'événement de ladite condition. De là cet axiôme, *Soluto jure dantis, solvitur jus accipientis* [2].

254. 6° L'usufruit de la douairière, de même que celui de tous les autres usufruitiers, s'éteint *consolidatione*, c'est-à-dire, lorsqu'elle a acquis, à quelque titre que ce soit, la propriété de l'héritage dont elle avait l'usufruit : *Finitur ususfructus*, dit Justinien.... *si usufructuarius rei proprietatem acquisierit; quæ res consolidatio appellatur;* Instit. tit. *de Usufr.*, § 4.

---

[1] Car le propriétaire, en qualité de preneur, doit garantir à l'usufruitier ce qu'il lui aurait fait perdre en qualité de bailleur *proprio nomine,* si donc il voulait s'opposer à ce que l'usufruitier reprît la jouissance du fonds, il devrait avec raison être repoussé.

[2] Le Code présente de nombreuses applications de cette règle. *V.* art. 865, 954, 963 et 2125, C. civ.

Art. 865 : « Lorsque le rapport se « fait en nature, les biens se réunissent « à la masse de la succession, francs « et quittes de toutes charges créées « par le donataire ; mais les créanciers « ayant hypothèque peuvent interve- « nir au partage, pour s'opposer à ce « que le rapport se fasse en fraude de « leurs droits. »

Art. 954 : « Dans le cas de révo- « cation (de la donation) pour cause « d'inexécution des conditions, les « biens rentreront dans les mains du « donateur, libres de toutes charges et « hypothèques du chef du donataire, « et le donateur aura, contre les tiers « détenteurs des immeubles donnés, « tous les droits qu'il aurait contre le « donataire lui-même. »

Art. 963 : « Les biens compris dans « la donation révoquée de plein droit, « rentreront dans le patrimoine du « donateur, libres de toutes charges et « hypothèques du chef du donataire, « sans qu'ils puissent demeurer affec- « tés, même subsidiairement, à la res- « titution de la dot de la femme de ce « donataire, de ses reprises ou autres « conventions matrimoniales ; ce qui « aura lieu quand même la donation « aurait été faite en faveur du mariage « du donataire et insérée dans le con- « trat, et que le donateur se serait obligé « comme caution, par la donation, à « l'exécution du contrat de mariage. »

Art. 2125 : « Ceux qui n'ont sur « l'immeuble qu'un droit suspendu par « une condition, ou résoluble dans cer- « tain cas, ou sujet à rescision, ne « peuvent consentir qu'une hypothè- « que soumise aux mêmes conditions « ou à la même rescision. »

La raison est, que le droit d'usufruit est incompatible avec la propriété dans une même personne : car il est de l'essence du droit d'usufruit d'être un droit dans la chose d'autrui : on le définit *jus alienis rebus utendi fruendi*; L. 1, ff. *de Usufr.* L'usufruit est un droit de servitude, qu'on ne peut par conséquent avoir dans sa propre chose; *Res sua nemini servit.* Il est donc de nécessité, *per rerum naturam*, que lorsqu'un usufruitier devient propriétaire de la chose dont il avait l'usufruit, le droit d'usufruit qu'il avait dans cette chose, s'éteigne, et se réunisse à la propriété. Il conserve à la vérité, en devenant propriétaire, le droit qu'il avait auparavant, comme usufruitier, de percevoir les fruits de la chose; mais il ne l'a plus sous la forme d'un droit d'usufruit : il l'a comme une dépendance de son droit de propriété.

Lorsque le titre d'acquisition que l'usufruitier a faite de la propriété de l'héritage dont il avait l'usufruit, vient par la suite à être rescindé et à être déclaré nul, cette acquisition, et la consolidation de l'usufruit qui en devait être l'effet, sont regardées comme non avenues, et l'usufruitier conserve en conséquence son droit d'usufruit. C'est ce que Papinien décide en la loi 57, ff. *de Usufr.*, dans l'espèce de l'usufruitier d'un héritage à qui le propriétaire en avait légué la propriété : Papinien décide que cet usufruitier étant évincé de la propriété qui lui avait été léguée, par la querelle d'inofficiosité intentée contre le testament, conservait son droit d'usufruit [1].

Doit-on décider de même lorsque le titre de l'acquisition que l'usufruitier a faite de la propriété, n'est détruit que pour l'avenir, quoique *ex causâ antiquâ et necessariâ ?*

Julien, en la loi 17, ff. *Quib. mod. ususfr. amitt.*, prétend qu'il en doit être autrement dans ce cas, et que l'usufruitier qui a acquis la propriété de l'héritage dont il avait l'usufruit, et qui a depuis été évincé de cette propriété, par la résolution qui s'en est faite pour l'avenir, quoique *ex causâ antiquâ et necessariâ*, ne recouvrait pas son droit d'usufruit, qui avait été éteint par l'acquisition qu'il avait faite de la propriété, laquelle n'ayant été détruite que pour l'avenir, avait assez duré pour produire cette extinction de l'usufruit. Voici l'espèce qu'il propose : *Si tibi fundi ususfructus purè, proprietas autem sub conditione Titio legata fuerit, et pendente conditione dominium proprietatis (ab hærede) acquisieris, deinde conditio extiterit, pleno jure fundum Titius habebit : neque interest quod detracto usufructu proprietas legata sit; etenim dum proprietatem acquiris, jus omne legati ususfructûs amisisti.*

Brunneman, sur cette loi, remarque, après plusieurs autres docteurs, que la décision n'est fondée que sur la subtilité à laquelle les jurisconsultes romains se sont quelquefois trop attachés, et qu'elle est contraire à l'équité. En effet, il est contre l'équité que cet usufruitier, qui a acquis le droit d'une nue propriété, séparée du droit de percevoir les fruits de l'héritage qui était par devers cet héritier, soit, par la résolution qui s'est faite pour l'avenir de son acquisition, privé de plus qu'il n'a acquis, et qu'on lui fasse perdre le droit de percevoir pendant sa vie les fruits de l'héritage qu'il avait indépendamment et avant l'acquisition qu'il a faite dans la nue propriété, et qu'il a toujours depuis conservé, quoique sous une autre forme. Il est contre l'équité que le légataire de la nue propriété de l'héritage, du legs duquel le testateur a nommément excepté le droit de percevoir les fruits pendant la vie de celui à qui il avait légué l'usufruit, prétende, par une subtilité, contre la volonté du testateur, en dépouiller l'usufruitier. C'est pourquoi, dans notre droit français, qui rejette les subtilités du droit romain, et qui n'adopte que les décisions de droit qui sont conformes à l'équité, il ne doit pas être douteux que l'usufruitier qui a acquis la nue propriété de l'héritage dont il jouissait par usufruit,

[1] *V.* art. 2177, 1re alinéa, C. civ., ci-dessus, p. 346, note 1.

doit, lorsqu'il est évincé de la propriété, retenir son droit d'usufruit, non seulement lorsque son titre d'acquisition de la propriété a été rescindé et déclaré nul, mais pareillement lorsqu'il n'a été détruit que pour l'avenir [1].

255. 7° L'usufruit de la douairière, de même que celui de tous les autres usufruitiers, s'éteint par l'extinction de la chose dont elle jouissait en usufruit : *Est enim ususfructus jus in corpore, quo sublato, et ipsum tolli necesse est*; L. 2, ff. *de Usufr.*

Cela est sans difficulté lorsque la chose chargée d'usufruit est tellement éteinte qu'il n'en reste rien. Par exemple, si une douairière jouissait par usufruit d'un pré voisin d'une rivière, et que la rivière eût emporté tout le pré, il n'est pas douteux en ce cas que l'usufruit de cette douairière est éteint.

Mais que doit-on décider lorsque la chose chargée d'usufruit n'a fait que changer de forme ?

Les jurisconsultes romains distinguaient l'usufruit qui avait été légué ou constitué spécialement d'une certaine chose, et l'usufruit légué ou constitué à titre universel ; comme lorsque quelqu'un avait donné ou légué à quelqu'un l'usufruit de tous ses biens. A l'égard de la première espèce d'usufruit, c'est-à-dire, de l'usufruit spécial d'une certaine chose, ils décidaient que, lorsque la chose chargée d'usufruit avait changé de forme substantielle, et était devenue autre chose que ce qu'elle était, l'usufruit de cette chose était éteint, et ne pouvait être prétendu par l'usufruitier dans celle en laquelle elle avait été convertie.

Par exemple, lorsqu'une maison chargée d'usufruit a été brûlée, ou détruite par quelque accident, et qu'il n'en reste plus que la place et les matériaux, l'usufruit de cette maison, suivant les principes des jurisconsultes romains, est entièrement éteint, et l'usufruitier ne peut prétendre l'usufruit de la place et des matériaux [2], par cette raison que cet usufruitier avait l'usufruit d'une maison ; que n'y ayant plus de maison, la chose dont il avait l'usufruit n'existe plus, ni par conséquent son usufruit. Il reste bien la place et les matériaux de cette maison ; mais une place et des matériaux ne sont pas une maison ; ils ne sont pas par conséquent la chose dont il avait l'usufruit. C'est ce qu'enseigne Ulpien : *Rei mutatione interire usumfructum placet; veluti, ususfructus mihi ædium legatus est; ædes corruerunt vel exustæ sunt : sine dubio extinguitur : an et areæ? Certissimum est exustis ædibus, nec areæ, nec cæmentorum usumfructum deberi*; L. 5, § 2, ff. *Quib. mod. ususfr. amitt.*

Les jurisconsultes romains avaient poussé la subtilité si loin, que dans le cas auquel la maison aurait été rebâtie, ils décidaient que l'usufruitier de la maison brûlée n'était pas fondé à prétendre l'usufruit de la maison rebâtie, parce qu'elle n'était pas la même maison que celle dont il avait eu l'usufruit : *Etsi domus fuerit restituta, ususfructus extinguitur* [3]; L. 10, § 7, ff. *eod. tit.*

Dans le cas inverse, lorsqu'on avait bâti une maison sur une place nue chargée d'usufruit, les jurisconsultes décidaient que l'usufruit de la place était éteint, parce que la maison en laquelle avait été convertie la place, était une

---

[1] Dans l'espèce de la loi romaine on peut dire avec raison que la vente n'est censée avoir été faite que pour le cas où l'événement de la condition n'aurait pas lieu, en sorte que la confusion elle-même n'a été que conditionnellement réalisée.

[2] *V.* art. 624, 1[er] alinéa, C. civ., ci-dessus, p. 343, note 1.

[3] Les rédacteurs du Code ayant décidé que l'usufruit était éteint par la destruction du bâtiment, qu'il n'aurait pas lieu sur le sol ni sur les matériaux, il faut en conclure que, si le propriétaire reconstruit la maison, l'ancien usufruitier n'aura aucun droit sur le nouvel édifice, parce qu'il ne pouvait prétendre de droit réel sur le sol qui se trouve affranchi, et qu'il n'a aucune action personnelle contre le propriétaire qui ne lui doit personnellement rien.

autre chose; sauf à celui qui avait eu l'usufruit de la place, son action contre le propriétaire qui avait bâti la place, et par le fait duquel l'usufruit de la place avait été éteint[1] : *Si areæ sit ususfructus legatus, et in eâ ædificium sit positum, rem mutari, et usumfructum extingui constat. Planè si proprietarius hoc fecit, ex testamento, vel de dolo tenebitur;* eàd. L. 5, § *fin.*

Si la place dont j'avais l'usufruit, a été, par la démolition du bâtiment, restituée à sa forme de place, je conserve mon usufruit, parce que c'est la même place : *Si in areâ cujus ususfructus alienus esset, quis ædificasset, intrà tempus quo ususfructus perit superficie sublatâ, restitui usumfructum veteres responderunt;* L. 17, ff. *de Usufr.*

Suivant les mêmes principes, les jurisconsultes romains décidaient que l'usufruit d'un étang était éteint, lorsque l'étang était desséché, et converti en terre labourable, parce qu'une terre labourable n'est pas la même chose qu'un étang.

Ils décidaient pareillement, que, lorsque par une maladie épidémique, un troupeau avait été réduit à quelques bêtes, qui ne sont pas en nombre suffisant pour former un troupeau, l'usufruit du troupeau était éteint, et ne pouvait être prétendu dans les bêtes qui en restaient; parce que deux ou trois bêtes ne font pas un troupeau, et qu'il n'y a plus de troupeau lorsqu'il n'en reste que quelques bêtes[2] : *Si stagni ususfructus legetur, et exaruerit sic ut ager sit factus; mutatâ re, extinguitur ususfructus;* L. 10, § 3, ff. *Quib. mod. ususfr. amitt.*— *Quum gregis ususfructus legatus est, et usque eò numerus pervenit gregio, ut non intelligatur, perit ususfructus;* L. 31, ff. *eod. tit.*

---

[1] Voici comment Domat s'exprime sur les changements survenus à la chose qui pouvait être ou qui était déjà grevée d'usufruit : « S'il arrive quelque « changement de la chose sujette à un « usufruit, comme si un étang est mis « à sec, si une terre labourable devient « un marais, si d'un bois on fait des « prés ou des terres labourables ; dans « tous ces cas et autres semblables, « l'usufruit finit ou ne finit point, se- « lon la qualité du titre de l'usufruit, « l'intention de ceux qui l'ont établi, « le temps où arrivent ces change- « ments, si avant que le droit soit ac- « quis à l'usufruitier, ou seulement « après, la cause des changements, et « les autres circonstances. Ainsi dans « un usufruit de tous les biens aucun « changement ne fait périr l'usufruit de « ce qui reste, et l'usufruitier jouit de « la chose en l'état où elle est réduite. « Ainsi, dans un usufruit particulier « légué par un testateur sur quelque « héritage, s'il change lui-même la face « des lieux après son testament, et que « d'un pré, par exemple, dont il avait « légué l'usufruit, il fasse une maison « et un jardin, dans ces cas et autres « où les changements marquent le « changement de la volonté, ils anéan- « tissent les legs de l'usufruit, qui était « borné à des choses qui ne sont plus. « Mais dans un usufruit acquis par une « convention, les changements ne sont « pas libres au propriétaire, et celui « qui changerait la nature ou l'état des « choses, sans le consentement de « l'usufruitier, serait tenu de le dé- « dommager ; et pour les changements « qui arrivent par des cas fortuits, soit « avant ou après l'usufruit acquis, il « périt, ou se conserve, suivant les « règles précédentes, et ce qui peut « être réglé par le titre de l'usufrui- « tier. » *Lois civ., liv.* 1, *tit.* 11, *sect.* 6, *n°* 14.

V. aussi Proudhon, *Traité de l'usuf.*, n° 2563 et suiv.

[2] Le Code exige que le troupeau soit entièrement péri pour qu'il y ait extinction de l'usufruit. *V.* art. 616, C. civ. *V.* aussi M. Proudhon, *Traité de l'usuf.*, n° 2536.

Art. 616 : « Si le troupeau sur le- « quel un usufruit a été établi, périt « entièrement par accident ou par ma- « ladie, et sans la faute de l'usufruitier, « celui-ci n'est tenu envers le pro- « priétaire que de lui rendre compte « des cuirs ou de leur valeur.—Si le « troupeau ne périt pas entièrement,

Toutes ces décisions n'avaient lieu qu'à l'égard de l'usufruit spécial d'une certaine chose; mais à l'égard de l'usufruit d'une universalité de biens, lorsque quelques-unes des choses dont elle est composée ont changé de forme, et ont été converties en d'autres choses, cet usufruit universel subsiste dans les nouvelles choses dans lesquelles ont été converties les anciennes, parce qu'il n'est pas déterminé à *telle* et *telle* chose en particulier, mais qu'il comprend généralement les choses qui composent cette universalité de biens : *Universorum bonorum*, dit Julien, *an singularum rerum ususfructus legetur, hactenùs interesse puto, quòd si ædes incensæ fuerint, ususfructus specialiter ædium legatus peti non potest; bonorum autem usufructu legato, areæ ususfructus peti poterit; quoniam qui bonorum suorum usumfructum legat, non solùm eorum quæ in specie sunt, sed et substantiæ omnis usumfructum legare videtur : in substantiâ autem bonorum etiam area est;* L. 34, § 2, ff. *de Usufr.*

Dans notre droit français, on ne s'attache pas aux subtilités du droit romain; et soit que l'usufruit soit d'une universalité de biens, soit qu'il soit l'usufruit spécial d'une certaine chose; lorsque la chose chargée d'usufruit a changé de forme, et a été convertie en autre chose, on doit décider que l'usufruit n'est pas éteint, et qu'il doit subsister dans la chose en laquelle a été convertie celle qui a été chargée de l'usufruit.

C'est pourquoi, si l'on a donné à une femme pour son douaire conventionnel, l'usufruit d'une maison, si la maison vient à être incendiée par le feu du ciel, et que le propriétaire ne juge pas à propos de la rebâtir, la douairière doit jouir par usufruit de la place, et la louer comme elle pourra; et elle doit pareillement jouir en usufruit du prix que seront vendus les matériaux qui en restent. Si au contraire le propriétaire rebâtit la maison, la douairière aura l'usufruit de la maison qui aura été rebâtie [1].

Par la même raison, lorsqu'on a donné à une femme, pour son douaire conventionnel, l'usufruit d'une certaine rente, et que le débiteur en fait le rachat; quoique cette rente, dont la douairière avait l'usufruit, soit éteinte par le rachat qui en a été fait, l'usufruit de la douairière ne sera pour cela éteint; mais il sera transporté sur les deniers provenus du rachat, ou plutôt sur le remploi qui en sera fait en autres rentes ou héritages [2].

ART. II. — Pour quelles causes une femme peut-elle être privée de son douaire.

256. La principale cause pour laquelle une femme est privée de son douaire, est la cause d'adultère.

Il faut pour cela qu'elle en ait été déclarée convaincue par sentence du juge, sur la plainte intentée contre elle par son mari. Lorsque le mari n'a pas donné la plainte de son vivant, les héritiers du mari ne sont pas recevables à l'intenter, ni à offrir la preuve de l'adultère de la femme, pour se dispenser de lui payer son douaire.

Quelques coutumes en ont des dispositions, qui sont en cela conformes au droit commun généralement reçu.

Celle de Tours, art. 336, porte : « Femme noble ou roturière, qui forfait « en son mariage, perd son douaire, s'il y en a eu plainte faite par le mari « en justice; autrement n'en pourra l'héritier faire querelle après la mort du « mari. »

« l'usufruitier est tenu de remplacer, « jusqu'à concurrence du croît, les « têtes des animaux qui ont péri. »

[1] L'art. 624, C. civ., (*V.* ci-dessus, p. 343, note 1) ne permettrait pas aujourd'hui de suivre la décision que donne ici Pothier.

[2] Le rachat opéré par le débiteur ne doit pas porter atteinte au droit de l'usufruitier.

Néanmoins, si depuis que la femme a été déclarée convaincue d'adultère, et déchue de son douaire et de toutes ses conventions matrimoniales, son mari l'avait reçue en sa maison, où elle aurait demeuré jusqu'à la mort de sondit mari, elle ne serait pas en ce cas privée de son douaire : la peine est censée n'avoir été prononcée contre la femme qu'en considération du mari, lequel en conséquence a le pouvoir de la remettre, et est censé l'avoir remise, lorsqu'il a reçu, jusqu'à sa mort, sa femme.

Quelques coutumes en ont des dispositions, qui sont en cela conformes au droit commun. Celle d'Anjou, art. 314, dit : « Si femme mariée, de sa propre « volonté, par fornication, laisse et abandonne son mari, ou par jugement « d'Eglise, par sa faute et coulpe, est séparée d'avec son mari, *et ne soit de-« puis réconciliée* à lui, elle perd son douaire. »

Donc elle ne le perd pas lorsqu'elle s'est réconciliée, quoiqu'il y ait une sentence contre elle.

Ce qui est dit ici du jugement d'Eglise, est un vestige de l'entreprise que les juges d'Eglise avaient faite autrefois sur la juridiction séculière, en voulant connaître de ces causes ; mais il n'est pas douteux aujourd'hui qu'ils n'en peuvent connaître sans abus.

257. Une seconde cause pour laquelle la femme doit être privée de son douaire, est lorsqu'elle a abandonné son mari.

La coutume de Normandie en a une disposition ; elle dit : « Femme n'a « douaire sur les biens de son mari, si elle n'était avec lui lors de son décès « (art. 361) » : ce qui se doit entendre, « quand elle a abandonné son mari sans « cause raisonnable, etc. (art. 362). »

Celle de Bretagne, art. 451, dit : « Femme qui laisse volontairement son « mari, et s'en va avec un autre, et n'est avec son mari au temps de sa mort ; « et aussi si elle le laisse et ne fait son devoir de le garder, et elle le peut faire « au cas que son mari ne la refuseroit ; jaçoit qu'elle ne s'en aille avec un « autre, ne doit être endouairée. »

Les dispositions de ces coutumes étant fondées sur l'équité, doivent être observées partout.

Observez néanmoins, que, pour que la femme qui a quitté son mari, soit privée de son douaire, il faut que ce soit contre le gré de son mari qu'elle l'ait quitté, et qu'il lui ait fait sommation juridique de revenir avec lui, à laquelle elle n'a pas déféré : mais si c'est du consentement, au moins tacite, de son mari, qu'elle ne demeurait pas avec lui (ce qui se présume lorsque son mari ne s'en est pas plaint judiciairement), elle n'est sujette à aucune peine [1].

258. La débauche de la femme pendant sa viduité, surtout dans l'an du deuil, est, suivant la jurisprudence des arrêts, une troisième cause pour laquelle elle peut être privée de son douaire.

---

[1] Puisqu'il n'y a plus aujourd'hui de douaire légal, il est inutile de rechercher s'il y a des causes de privation de ce douaire ; mais les motifs que développe Pothier dans ce numéro et le précédent, peuvent servir à décider la question si controversée, à savoir, si les donations faites entre futurs conjoints dans le contrat de mariage peuvent être révoquées pour ingratitude du conjoint donataire.

L'art. 1518, C. civ., relatif au préciput, fournit un puissant argument pour la solution affirmative.

Art. 1518 : « Lorsque la dissolution « de la communauté s'opère par le divorce ou par la séparation de corps, « il n'y a pas lieu à la délivrance actuelle du préciput ; mais l'époux qui « a obtenu soit le divorce, soit la séparation de corps, conserve ses « droits au préciput en cas de survie. « Si c'est la femme, la somme ou la « chose qui constitue le préciput reste « toujours provisoirement au mari, à « la charge de donner caution. »

L'héritier du mari est reçu à en faire la preuve, quoique, pour l'honneur du mari, il ne fût pas admis à faire la preuve de celle du temps du mariage. Cela a été ainsi jugé par un arrêt du 15 avril 1571, rapporté par Anne Robert, *Rer. jud.*, liv. 1, cap. 13, par lequel, sur la preuve de la débauche d'une veuve Royer, pendant l'année du deuil, à laquelle preuve les héritiers avaient été admis, ladite veuve Royer fut privée de son douaire. (Renusson, ch. 12, nº 17.)

Il suffit même, pour la privation du douaire, que la veuve soit convaincue d'une simple fornication dans l'an du deuil. C'est ce qui résulte de ce qui est rapporté au *Journal des Audiences*, t. 1er, liv. 5, ch. 26 (arrêt du 7 janvier 1648). La veuve, dans l'an du deuil de son premier mari, après des fiançailles avec un homme qu'elle avait été obligée de faire venir chez elle pour conduire son labour, avait eu habitude avec cet homme son fiancé, qu'elle avait épousé depuis : elle avait été pour cela privée de son douaire par le premier juge. Le journaliste rapporte que M. l'avocat général (Bignon), sur les conclusions duquel la sentence fut infirmée, et la veuve déchargée de la peine, ne s'y détermina que par la réunion de toutes les circonstances de fait, qui tendaient à l'excuser, et à la charge que l'arrêt ne pourrait tirer à conséquence. (Renusson, ch. 12, nº 18.)

Dumoulin, *in Cons. Par.*, § 30, nº 143, en fait une maxime : *Mulier, si infrà annum luctûs commiserit stuprum, perdit donata et relicta ; et hoc manet in viridi observantiâ*[1].

259. Il y a des arrêts qui ont prononcé la peine de privation de douaire, contre des femmes convaincues du crime de supposition de part. Dufrêne, au *Journal des Audiences*, en rapporte un du 6 (ou du 3) juin 1636, qui est aussi rapporté par Renusson (ch. 12, nº 11).

260. Il y en a qui ont prononcé cette peine contre des femmes pour n'avoir pas poursuivi la vengeance de la mort de leur mari.

Je ne crois pas que ces arrêts doivent être suivis : ils ont été rendus par une mauvaise application des principes du droit romain. Chez les Romains, il n'y avait pas de magistrats chargés de la vengeance publique ; les proches du défunt étaient particulièrement chargés de la poursuite de la vengeance de sa mort ; c'était un devoir de piété auquel ils ne pouvaient manquer sans crime, et sans encourir la peine de la privation de sa succession, et tout ce qu'ils tenaient de lui ; mais, parmi nous, il y a dans chaque juridiction un magistrat qui est seul chargé de la vengeance publique. La veuve et les héritiers du défunt ne donnent la plainte contre l'homicide que pour la réparation civile du tort que leur a causé la mort du défunt ; ils n'ont pas droit de conclure à la peine publique. On ne peut donc point les punir pour n'avoir pas poursuivi la vengeance de la mort du défunt, puisque ce ne sont point eux qui en sont chargés[2].

261. Il y a une cause de privation du douaire, qui est particulière à la coutume de Bretagne ; elle dit en l'article 354 : « Femme veuve qui se remarie à « domestique ordinaire, perd son douaire. »

Ailleurs, la veuve qui se remarie, soit à son domestique, soit à quelque autre homme indigne de sa condition, est seulement sujette aux peines conte-

---

[1] Cette maxime ne pourrait servir de règle aujourd'hui.

[2] Ils doivent au moins dénoncer le meurtre du défunt lorsqu'ils en sont instruits ; l'art. 727, C. civ., voit, dans ce défaut de dénonciation, une cause d'indignité, qui exclut l'héritier de la succession.

Art. 727 : « Sont indignes de succéder, et, comme tels, exclus des « successions, — 1º Celui qui serait condamné pour avoir donné ou tenté de « donner la mort au défunt ; — 2º Celui qui a porté contre le défunt une « accusation capitale jugée calomnieuse ; — 3º L'héritier majeur qui, « instruit du meurtre du défunt, ne « l'aura pas dénoncé à la justice. »

nues en l'ordonnance de Blois, art. 182, que nous avons rapportée en notre *Traité du Mariage*[1].

262. Dans quelques coutumes, c'est cause de privation de douaire, lorsque la douairière mésuse des héritages qui composent son douaire, ou de partie d'iceux, y faisant des dégradations considérables. La douairière, dans ces coutumes, est donc en ces cas non-seulement tenue des dommages et intérêts résultant desdites dégradations; elle est en outre punie par la peine de la privation du douaire, que l'héritier peut faire prononcer contre elle.

Ces coutumes se partagent encore à cet égard. Celle d'Anjou, art. 311, veut que la femme perde tout son douaire, lorsqu'elle mésuse de quelqu'un des héritages qui le composent : au contraire, celle de Bourbonnais, art. 264, la prive de son douaire dans l'héritage seulement dans lequel elle a malversé.

La douairière est pareillement censée mesurer lorsqu'elle vend, comme chose à elle appartenante, des terres qui font partie de son douaire; et elle est pareillement, en ce cas, punie dans ces coutumes par la privation du douaire.

Guenois, sur l'article 264 de Bourbonnais, feuillet 619, *verso*, observe que la douairière n'est sujette, dans ces coutumes, à la privation du douaire pour les dégradations faites aux héritages sujets au douaire, que lorsqu'elle jouissait par elle-même de l'héritage; et qu'elle n'y est pas sujette lorsqu'elles ont été faites sans son ordre, par un fermier; et il cite un arrêt qui en a déchargé dans ledit cas la douairière dans la coutume d'Anjou, et l'a seulement condamnée aux dommages et intérêts.

Cette peine de la privation de l'usufruit ne doit pas avoir lieu dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées : la douairière peut seulement être privée de jouir par elle-même; et l'héritier du mari reçu à jouir par lui-même, à la charge de compter des revenus à la douairière, sous la déduction des charges. La coutume de Bretagne, article 468, en a une disposition, qui mérite d'être étendue aux coutumes qui ne s'en sont pas expliquées[2].

263. Quoique de droit une femme ne soit pas privée de son douaire lorsqu'elle convole à un autre mariage, néanmoins on peut valablement convenir par le contrat de mariage, qu'elle le perdra en ce cas, ou pour le tout, ou pour partie.

L'auteur du *Traité des contrats de Mariage* (Sérieux, ch. 5, § 1) nous apprend que l'on convient assez souvent que la femme ayant des enfants, sera privée, en cas de convol, d'une partie de son douaire, de laquelle partie les enfants entreront en jouissance du jour du convol.

ART. III — Si une femme peut avoir don et douaire en même temps.

264. Le douaire étant un titre lucratif, il est évident qu'une veuve ne peut être douairière et donataire des mêmes choses. Deux causes lucratives ne peuvent pas concourir dans une même personne pour une même chose : *Duæ causæ lucrativæ in eâdem re et in eâdem personâ concurrere non possunt.*

C'est pourquoi, lorsqu'une femme est, par son contrat de mariage, donataire, soit en propriété, soit en usufruit, des biens que son mari laissera lors

---

[1] De semblables peines n'existent plus aujourd'hui, seulement le convol à secondes noces fait perdre à la mère survivante l'usufruit légal des biens de ses enfants. *V.* art. 386, C. civ.

Art. 386 : « Cette jouissance (la jouissance légale accordée par l'art. 384 « aux père et mère, des biens de leurs « enfants) n'aura pas lieu au profit de « celui des père et mère contre lequel « le divorce aurait été prononcé; et « elle cessera à l'égard de la mère dans « le cas d'un second mariage. »

[2] *V.* art. 618, C. civ., ci-dessus, p. 404, note 1, qui décide que l'usufruit cesse par abus de jouissance.

de son décès ; si elle accepte la donation, il est évident qu'elle ne peut plus avoir le douaire coutumier, et qu'il lui devient inutile : car ayant, par la donation qui lui a été faite, le droit de jouir de tous les biens de son mari, elle n'a plus besoin du douaire coutumier, pour jouir de la moitié de ceux que son mari avait au temps des épousailles.

Ce n'est donc pas sur cet objet que tombe la question ; mais la question est de savoir si une veuve peut être douairière de certains biens, et donataire d'autres biens de son mari[1].

Il y a quelques coutumes qui ne le permettent pas, telles que celles de Bretagne, art. 208 ; d'Anjou, 310 ; du Maine, 313 ; de Touraine, 337 ; mais dans les autres coutumes qui ne s'en sont pas expliquées, même dans la coutume de Paris, qui ne permet pas aux enfants d'être douairiers et donataires, cette disposition ne s'étend pas à la femme ; c'est pourquoi rien n'empêche que dans cette coutume, elle ne soit douairière de la moitié des héritages propres, et donataire par don mutuel de la part de son mari, dans les conquêts de la communauté.

265. Dans les coutumes qui ne permettent pas à la femme d'être tout à la fois douairière et donataire, la femme, après la mort de son mari, a le choix du douaire ou de la donation.

Lorsqu'elle a choisi le douaire, elle est de plein droit déchue de la donation ; *et vice versâ,* si elle a accepté la donation, elle est de plein droit déchue de son douaire. Il n'importe à cet égard que la donation faite à la femme lui ait été faite par son mari, par contrat de mariage ou depuis, qu'elle soit simple ou mutuelle, entre-vifs ou testamentaire.

Il n'importe non plus que ce soit le mari qui ait lui-même constitué le douaire, ou que ce soient les père et mère du mari qui l'aient constitué à la femme, sur les biens qu'ils donnaient en mariage au mari. La femme ne peut, après la mort de son mari, avoir tout à la fois ce douaire, et une donation que lui aurait faite son mari ; il faut qu'elle opte l'un ou l'autre. C'est ce qui a été observé par Dupineau, sur l'art. 310 d'Anjou.

266. Ces dispositions sont des statuts réels, qui, selon la nature des statuts réels, n'exercent leur empire que sur les biens qui y sont sujets : mais ils l'exercent même à l'égard des personnes qui ne sont pas sujettes par elles-mêmes à ces coutumes, n'y étant pas domiciliées.

Suivant ce principe, lorsque les biens d'un Parisien, sujets au douaire de sa femme, sont situés sous la coutume du Maine, et que ceux qu'il a donnés à sa femme y sont pareillement situés, la veuve ne pourra pas avoir tout à la fois le don et le douaire ; mais elle sera tenue d'opter l'un ou l'autre, suivant que le prescrit la coutume du Maine, sous laquelle sont situés les biens, quoique la coutume de Paris, à laquelle sa personne est soumise, n'ait pas une pareille disposition.

Vice versâ, la veuve d'un Manceau, quoique soumise par sa personne à une coutume qui ne permet pas d'avoir don et douaire, pourra néanmoins avoir l'un et l'autre, si les biens sont situés sous une coutume qui n'a pas une pareille disposition.

Dupineau, sur l'article 310 d'Anjou, et les commentateurs de la coutume du Maine, observent que cette incompatibilité du don et du douaire a lieu, quoique les biens sujets au douaire et les biens compris en la donation soient situés sous différentes coutumes, qui ont l'une et l'autre une semblable disposition sur l'incompatibilité du don et du douaire : c'est pourquoi, si les biens sujets au douaire sont situés sous la coutume d'Anjou, et ceux compris en la

[1] Cette question ne peut se présenter aujourd'hui.

donation, sous celle du Maine, la femme ne pourra avoir le douaire et la donation ; elle sera tenue d'opter.

Mais elle pourra être douairière de biens d'Anjou, et donataire de biens situés à Paris, la coutume de Paris n'ayant pas admis l'incompatibilité du don et du douaire à l'égard de la femme ; *et vice versâ*, si tous les biens sujets au douaire sont situés à Paris, et qu'il n'y en ait aucuns en Anjou, elle pourra être douairière des biens de Paris, et donataire des biens d'Anjou.

267. Lorsque le douaire est un douaire conventionnel, qui consiste dans la rente viagère d'une certaine somme d'argent ; ce douaire étant à prendre sur tous les biens du mari ; si le mari, quoique domicilié sous la coutume de Paris, a dans sa succession quelques biens situés en Anjou, ou sous quelque autre coutume d'incompatibilité de don et de douaire, le douaire qui est à prendre sur tous les biens, étant à prendre en partie sur ceux d'Anjou, la douairière ne pourra être donataire d'aucuns biens situés en Anjou, cette coutume ne permettant pas à la veuve d'y avoir don et douaire.

CHAPITRE VII.

Du droit qu'ont l'héritier du mari ou ses successeurs à la propriété des héritages sujets au douaire, de rentrer en jouissance desdits héritages après l'extinction de l'usufruit de la douairière ; et des obligations respectives des héritiers du mari, et de la douairière, auxquelles cette rentrée donne ouverture.

Nous verrons :—1° Comment s'exerce ce droit ;—2° Nous traiterons de l'obligation en laquelle est l'héritier (ou ses successeurs) de souffrir les héritiers de la douairière enlever et emporter les meubles qu'elle avait dans les héritages sujets au douaire ;—3° Du remboursement des frais faits par la douairière pour faire venir les fruits qui se sont trouvés pendants par les racines lors de l'extinction du douaire, et qui doivent être recueillis par l'héritier du mari ou ses successeurs ;—4° Des autres impenses faites par la douairière sur les héritages dont elle jouissait ;—5° De l'obligation en laquelle sont les héritiers de la douairière de faire les réparations qui se sont trouvées à faire au temps du décès de la douairière ;—6° Des dommages et intérêts dont ils sont tenus, résultant, soit des dégradations, soit de ce que la douairière a laissé perdre par sa faute, des biens qui lui avaient été délivrés ;—7° De l'obligation desdits héritiers par rapport aux fruits et aux intérêts.

§ Ier. *Comment s'exerce le droit qu'ont l'héritier du mari, ou ses successeurs à la propriété des héritages sujets au douaire, de rentrer en la jouissance desdits héritages à la mort de la douairière.*

268. Aussitôt que l'usufruit de la douairière est éteint par sa mort, ou autrement, l'héritier du mari ou ses successeurs à la propriété des héritages dont la douairière jouissait en usufruit, rentrent de plein droit dans la jouissance desdits héritages, qui n'avait été séparée de la propriété desdits héritages que pour le temps que le droit de l'usufruit devait durer dans la personne de la douairière.

Ils n'ont donc pas besoin de donner aucune demande contre les héritiers de

la douairière pour rentrer dans cette jouissance; il leur suffit de faire une simple sommation auxdits héritiers de la douairière, de leur laisser la libre jouissance des héritages dont jouissait la douairière; d'en déloger tous les meubles qu'ils peuvent y avoir, et d'en remettre les clefs après qu'ils auront délogé.

On doit donner aux héritiers de la douairière le délai nécessaire pour ce délogement, lequel délai s'estime *arbitrio judicis*.

Si, après le délai expiré, les héritiers de la douairière étaient en demeure de satisfaire à la sommation, l'héritier du mari, ou ses successeurs à la propriété de l'héritage, seraient bien fondés à assigner les héritiers de la douairière, pour voir dire qu'ils seront tenus de déloger dans le délai qui leur serait prescrit par la sentence; et que, faute par eux de l'avoir fait, ledit temps passé, sans qu'il fût besoin d'autre jugement, il serait permis aux demandeurs de faire mettre les meubles hors de la maison [1].

269. Lorsque les héritages sujets au douaire se trouvent, lors de la mort de la douairière, loués ou affermés, l'héritier du mari doit laisser jouir les locataires ou fermiers pendant l'année courante, qui était commencée, et se contenter à cet égard pour cette année, des fermes et loyers : mais il n'est pas obligé d'entretenir les baux pour le surplus du temps qui en restait à courir; les locataires et fermiers n'ont même à cet égard aucun recours de garantie contre les héritiers de la douairière, lorsqu'elle leur a fait les baux en sa qualité de douairière; mais si elle les leur avait faits en son propre nom, en leur dissimulant qu'elle n'était qu'usufruitière, ils auraient un recours de garantie contre ses héritiers [2].

§ II. *De l'obligation en laquelle sont l'héritier du mari, ou ses successeurs à la propriété des héritages, de donner le temps à ceux de la douairière d'emporter les meubles qu'ils y ont.*

270. L'héritier du mari ou ses successeurs, qui rentrent, après la mort de la douairière, dans la jouissance des héritages dont elle jouissait, sont obligés de donner le temps aux héritiers de la douairière, de déloger, et d'emporter tous les meubles qu'ils y ont.

1° Il n'est pas douteux qu'il doit être permis aux héritiers de la douairière d'emporter tous les meubles dépendants de sa succession, qui servaient à meubler le château ou la maison dont jouissait la douairière, et qu'elle occupait par elle-même;

---

[1] Puisque l'usufruit est éteint il n'y a aucun obstacle de droit à la rentrée du propriétaire dans la jouissance de sa chose : *cum autem finitus fuerit ususfructus : revertitur scilicet ad proprietatem, et ex eo tempore nudæ proprietatis dominus incipit plenam in re habere potestatem.*

[2] *V.* art. 595, ci-dessus, p. 393, note 3, qui renvoie d'ailleurs aux art. 1429, 1430, C. civ.

Art. 1429 : « Les baux que le mari « seul a faits des biens de sa femme « pour un temps qui excède neuf ans, « ne sont, en cas de dissolution de la « communauté, obligatoires vis-à-vis « de la femme ou de ses héritiers que « pour le temps qui reste à courir soit « de la première période de neuf ans, « si les parties s'y trouvent encore, « soit de la seconde, et ainsi de suite, « de manière que le fermier n'ait que « le droit d'achever la jouissance de la « période de neuf ans où il se trouve. »

Art. 1430 : « Les baux de neuf ans « ou au-dessous que le mari seul a « passés ou renouvelés des biens de sa « femme, plus de trois ans avant l'ex- « piration du bail courant s'il s'agit de « biens ruraux, et plus de deux ans « avant la même époque s'il s'agit de « maisons, sont sans effet, à moins que « leur exécution n'ait commencé avant « la dissolution de la communauté. »

2° Il leur doit être permis d'emporter toutes les choses que la douairière a apportées dans la maison dont elle jouissait, quand même ces choses y seraient attachées à fer et à clous, de manière qu'elles eussent été censées faire partie de la maison, si elles y eussent été mises par un propriétaire ; car c'est un principe que nous avons déjà établi dans notre *Traité de la Communauté*, n° 36, que ces choses, lorsqu'elles ont été placées dans une maison par un usufruitier, ne sont pas censées y avoir été placées pour perpétuelle demeure, ni par conséquent faire partie de la maison ; mais ce sont de simples meubles, que les héritiers de la douairière peuvent par conséquent détacher et emporter ;

Pourvu néanmoins que cela se puisse faire sans détérioration, et à la charge par lesdits héritiers de rétablir les choses dans l'état où elles étaient lorsque la douairière est entrée en jouissance.

Par exemple, si la douairière a mis aux cheminées des maisons dont elle jouissait, des chambranles de marbre, à la place des chambranles de bois qui y étaient ; si elle y a mis des parquets, des boiseries, des alcoves, des croisées à la mode, à la place d'anciennes croisées qui y étaient, etc., on doit permettre à l'héritier de la douairière de détacher et d'enlever toutes ces choses, en replaçant les anciennes croisées et les anciens chambranles, et en rétablissant tout dans l'ancien état [1], à moins que le propriétaire de la maison n'offrît d'en rembourser le prix.

3° Les bestiaux qui étaient dans les héritages lorsque la douairière est entrée en jouissance, et dont elle a payé le prix aux héritiers du mari, et ceux qu'elle y a mis depuis, sont des meubles dépendants de sa succession ; et il doit être permis à ses héritiers de les emmener ; à moins que le propriétaire n'offrît de leur en payer le prix, suivant l'estimation qui en sera faite par experts.

271. Cette règle, « que les héritiers de la douairière peuvent emporter toutes les choses que la douairière a mises dans les héritages dont elle avait la jouissance, » souffre exception à l'égard de celles qu'elle était obligée d'y mettre comme nécessaires pour l'entretien desdits héritages ; cet entretien étant une charge de l'usufruit de la douairière. On peut apporter pour exemple les échalas qu'elle a mis dans les vignes, les fumiers qu'elle a mis dans les terres, un pavé neuf qu'elle a mis dans une chambre à la place d'un vieux qui était usé. Toutes ces choses et autres semblables, sont censées faire partie de l'héritage, et ne peuvent être emportées par les héritiers de la douairière.

§ III. *De l'obligation de rembourser les frais faits par la douairière pour faire venir les fruits qui étaient pendants lors de sa mort.*

272. Le propriétaire des héritages sujets au douaire, rentrant de plein droit, à la mort de la douairière, en la jouissance desdits héritages, et devant en conséquence recueillir les fruits qui se sont trouvés pendants, lors de sa mort, sur lesdits héritages, il est obligé de rembourser aux héritiers de la douairière les frais de labours, semences, et autres qu'elle a faits pour les faire venir ; car ces frais sont une charge des fruits, et doivent par conséquent être portés par le propriétaire qui les recueille.

Il n'y est pas à la vérité obligé *obligatione negotiorum gestorum directâ* : car la douairière, qui ne savait pas devoir mourir avant la récolte, comptait,

---

[1] Il est probable que les rédacteurs du Code avaient cet alinéa sous les yeux lorsqu'ils ont rédigé le 3e paragraphe de l'art. 599, C. civ., ainsi conçu : « Il peut (l'usufruitier) cependant, « ou ses héritiers, enlever les glaces, « tableaux et autres ornements qu'il « aurait fait placer, mais à la charge de « rétablir les lieux dans leur premier « état. » *V.* ci-dessus, p. 416, note 2.

en faisant ces frais, faire sa propre affaire, et non celle du propriétaire; et n'avait pas par conséquent intention de l'obliger envers elle ou sa succession, au remboursement de ces frais; mais s'il n'y est pas obligé *obligatione negotiorum gestorum directâ, et secundùm subtilitatem juris,* il y est obligé *secundùm æquitatem, utili obligatione negotiorum gestorum*; parce que, quoique la douairière, en faisant ces frais, crût faire sa propre affaire, elle a effectivement fait l'affaire du propriétaire de l'héritage; et l'équité ne permet pas qu'il profite des fruits aux dépens de la douairière, qui a fait les frais pour les faire venir.

Notre décision est conforme à celle d'Africanus, qui décide en termes formels, en la Loi *fin. ff. de Neg.gest.,* que *Danda est negotiorun gestorum actio, si negotium quod tuum esse existimares, quum meum esset, gessisses.*

La coutume de Paris a suivi cette décision, art. 231, en obligeant le conjoint qui recueille les fruits qui se sont trouvés pendants sur son héritage propre lors de la dissolution de communauté, à rembourser la communauté des frais qu'elle a faits pour les faire venir, pendant qu'elle avait la jouissance de l'héritage.

On nous opposera peut-être que nous avons décidé *suprà,* n° 201, que la douairière qui recueille les fruits qui se sont trouvés pendants lorsqu'elle est entrée en jouissance en son douaire, n'est pas obligée à rembourser à l'héritier de son mari les frais que son mari a faits pour les faire venir. La réponse à cette objection, est que la loi ou la convention qui accorde à la femme l'usufruit des héritages sujets au douaire, lui accorde l'usufruit de ces héritages, en l'état qu'ils se trouveront lors de l'ouverture du douaire : les frais faits pour les mettre en cet état, font par conséquent partie de ce qui lui a été donné; elle n'en doit donc pas le remboursement. Il n'en est pas de même de ceux que la douairière a faits pour faire venir les fruits qui se sont trouvés pendants lors de sa mort, et qui doivent être recueillis par le propriétaire de l'héritage; la douairière n'ayant jamais fait ni entendu faire aucune donation à ce propriétaire [1].

273. Renusson, *Traité du Douaire,* chap. 14, n° 40, prétend que l'héritier du mari, qui recueille les fruits qui se sont trouvés pendants à la mort de la douairière, peut opposer, en compensation des frais que la douairière a faits pour les faire venir, ceux que le mari a faits pour faire venir ceux qui se sont trouvés pendants lors de l'ouverture du douaire, et qui ont été recueillis par la douairière. Cette décision est une suite de l'opinion en laquelle est cet auteur, que la douairière devait le remboursement de ces frais : mais ayant établi qu'elle ne le devait pas, c'est une conséquence que l'héritier du mari ne peut les opposer en compensation de ceux dont il doit le remboursement aux héritiers de la douairière.

274. Le propriétaire de l'héritage serait-il reçu à offrir aux héritiers de la douairière de leur abandonner la récolte des fruits qui se sont trouvés pendants à la mort de la douairière, pour se décharger envers eux du remboursement des frais faits par la douairière, pour les faire venir?

La raison de douter se tire de ce principe, que, lorsqu'on est tenu d'une charge à cause d'une certaine chose, on peut s'en décharger en abandonnant la chose. Par exemple, un voisin qui est obligé de contribuer aux réparations d'un puits commun, peut se décharger de cette obligation en abandonnant la part qu'il

[1] Le Code contient une décision contraire, art. 585, C. civ., « *Sans récompense de part ni d'autre des labours et des semences.* » (*V.* ci-dessus, p. 393, note 1); et, à notre avis, c'est avec grande raison : de pareilles réclamations n'étaient propres qu'à occasionner de nombreuses et peu importantes difficultés entre les héritiers de l'usufruitier et le propriétaire.

à au puits. La réponse est, que le propriétaire devrait être effectivement déchargé de ce remboursement des frais faits pour faire venir les fruits qui se sont trouvés pendants à la mort de la douairière, s'il n'en était tenu qu'à cause desdits fruits; mais il est tenu du remboursement de ces frais encore par une autre raison, qui est que ces frais que la douairière a faits, étaient une impense qui était absolument nécessaire, et que le propriétaire eût été obligé de faire lui-même, si elle n'eût pas été faite par la douairière, et qu'elle fût morte avant que de la faire. Le propriétaire de l'héritage profite donc, en ce cas, de la somme entière que la douairière a déboursée pour cette impense, puisque la douairière, en faisant cette impense, a épargné au propriétaire de l'héritage la même somme qu'il eût été obligé de débourser, s'il lui eût fallu faire lui-même cette impense. Ce propriétaire de l'héritage est donc *hactenùs locupletior quatenùs propriæ pecuniæ pepercit*; et il est en conséquence précisément obligé au remboursement de ces frais, sans pouvoir s'en décharger en offrant d'abandonner la récolte des fruits [1].

275. Quelques coutumes, comme Blois, art. 184, laissant à la communauté les fruits qui, lors de la dissolution de la communauté, se trouvent pendants sur les héritages propres des conjoints, pour les frais que la communauté qui en jouissait en usufruit, a faits pour les faire venir, peut-on en conclure que, suivant l'esprit de ces coutumes, les fruits qui se trouvent pendants à la mort de la douairière, sur les héritages dont elle jouissait, doivent, dans ces coutumes, être laissés aux héritiers de la douairière, pour les frais qu'elle a faits afin de les faire venir?

Je ne le crois pas. La disposition de ces coutumes renferme un petit avantage qu'elles accordent contre le droit commun, en faveur de la communauté qui a été entre les conjoints; mais c'est un principe, qu'un avantage accordé contre le droit commun, à un certain genre de personnes, dans un certain cas, n'est pas susceptible d'extension à d'autres personnes, ni à d'autres cas.

§ IV. *Des autres obligations du propriétaire, par rapport aux autres impenses que la douairière a faites dans les héritages dont elle jouissait pour son douaire.*

276. A l'exception des frais faits pour faire venir les fruits qui se sont trouvés pendants à la mort de la douairière, toutes les autres impenses d'entretien que la douairière a faites, étant une charge de son usufruit, il ne peut être douteux que le propriétaire de l'héritage n'en peut devoir aucun remboursement aux héritiers de la douairière.

Il ne peut aussi être douteux que, lorsque la douairière a fait elle-même de grosses réparations nécessaires, qui ne proviennent pas de sa faute, ni de défaut d'entretien, le propriétaire de l'héritage doit rembourser à la douairière ou à ses héritiers ce qu'elles ont coûté ou dû coûter [2].

---

[1] Cette question est inutile aujourd'hui; il en est de même de celle traitée dans le numéro suivant.

[2] Cependant le Code civil, art. 605, (*V.* ci-dessus, p. 414, note 1), en disant que *les grosses réparations demeurent à la charge du propriétaire*, ne lui impose pas directement l'obligation de les faire: le propriétaire n'est point obligé de conserver sa chose, il peut au contraire la laisser tomber en ruine si cela lui convient, il ne doit personnellement rien à l'usufruitier que la délivrance du fonds pour en jouir dans l'état où il se trouve, son obligation pendant la durée de l'usufruit est *in abstinendo* et non pas *in faciendo*. D'un autre côté, l'usufruitier, en faisant procéder à ses frais, à ces grosses réparations qui ne sont point à sa charge, travaille cependant dans son intérêt, c'est pour conserver la chose en nature, car si elle périssait son usufruit serait éteint. Admettre comme

La question ne peut tomber que sur les impenses non nécessaires, faites par la douairière sans l'ordre du propriétaire, mais qui ont beaucoup augmenté l'héritage. Le propriétaire qui rentre dans l'héritage est-il obligé de rembourser les héritiers de la douairière, sinon en total, du moins jusqu'à due concurrence de ce qu'il en profite, et de ce que son héritage en est augmenté de valeur?

Cette question se décide par le principe qui est établi au titre des Institutes *de Rer. divis.*, § 12. Justinien, après avoir accordé à celui qui a bâti de bonne foi sur un héritage qu'il croyait de bonne foi lui appartenir, la répétition des impenses utiles qu'il a faites, contre le propriétaire de l'héritage qui en a profité, la refuse à celui qui avait connaissance que l'héritage ne lui appartenait pas, par ce principe : *Nam scienti*, dit Justinien, *alienum solum esse, potest objici culpa, quòd ædificaverit temerè in eo solo quod intelligebat alienum esse.*

Suivant ce principe, le droit de la douairière étant un simple droit d'usufruit qui ne lui donne que le droit de jouir des héritages sujets à son douaire dans l'état où ils sont, et qui ne lui donne point celui d'y construire des bâtiments, d'y faire des plantations et autres améliorations, de son autorité privée, sans l'ordre du propriétaire, la douairière a été en faute de faire ces améliorations sans l'ordre du propriétaire ; et elle ne peut en conséquence, ni elle, ni ses héritiers, en prétendre aucune répétition contre le propriétaire, qu'elle n'a pas dû constituer dans des dépenses qu'il ne voulait pas faire [1].

---

incontestable que le propriétaire doit rembourser à l'usufruitier ou à ses héritiers tout ce que ces grosses réparations ont coûté ou dû coûter, n'est-ce pas donner indirectement à l'usufruitier un droit que la loi lui refuse directement, celui de contraindre le propriétaire à faire les grosses réparations. Il nous paraît que la décision de Pothier est trop absolue, surtout sous une législation qui refuse à l'usufruitier toute réclamation pour les améliorations qu'il prétendrait avoir faites, encore que la valeur de la chose en fût augmentée.

[1] *V.* art. 599, Cod. civ. dont il importe de reproduire ici les premiers paragraphes.

Art. 599 : « Le propriétaire ne peut, « par son fait, ni de quelque manière « que ce soit, nuire aux droits de l'u- « sufruitier.—De son côté, l'usufrui- « tier ne peut, à la cessation de l'usu- « fruit, réclamer aucune indemnité « pour les *améliorations* qu'il préten- « drait avoir faites, encore que la va- « leur de la chose en fût augmentée... » (*V.* ci-dessus p. 416, note 2.)

Sur quoi nous faisons une remarque que nous croyons fort importante : cet article dans son texte parle d'*améliorations* et il décide que l'usufruitier ne peut réclamer aucune indemnité pour les améliorations.

Mais que doit-on entendre par *améliorations?* Tout le monde est d'accord que cette expression comprend d'abord les améliorations intrinsèques qui, supposant la préexistence de la chose, la rendent plus commode, plus utile, plus productive ; telles que les décors d'une maison, avoir marné le fonds, avoir mieux cultivé, avoir mis plus d'engrais. Mais faut-il aussi y comprendre les constructions, les plantations nouvelles? Non, répondent la plupart des auteurs, car on améliore ce qui existe ; or, construire une maison, faire des plantations, c'est innover et non améliorer ; donc, disent-ils, l'art. 599, C. civ., est étranger aux constructions nouvelles, ce cas, selon eux, doit être régi par l'art. 555, C. civ., en traitant l'usufruitier comme un possesseur de mauvaise foi.

Nous avons longtemps partagé cette opinion ; mais il nous semble qu'elle est inadmissible en présence de l'art. 599, et Pothier, qui a servi de guide aux rédacteurs du Code, n'hésite pas à ranger les constructions de bâtiments et les plantations au nombre des améliorations, et en effet en construisant, et en plantant, on améliore le sol, objet principal qui attire à lui l'accessoire, *ædificium solo cedit*, et c'est le sol qui est grevé d'usufruit.

En présence de ce passage de Po-

On ne peut en ce cas opposer la règle : *Neminem æquum est cum alterius damno locupletari ;* cette règle ne devant avoir lieu que lorsque celui qui a fait les impenses dont un autre profite, et dont il lui demande le remboursement, les a faites de bonne foi; mais elle n'a pas lieu lorsque celui qui les a faites, est en faute pour les avoir faites sans nécessité sur l'héritage d'autrui, qu'il savait être l'héritage d'autrui. Faute d'avoir consulté, pour les faire, le propriétaire, qui n'eût peut-être pas voulu s'engager dans cette dépense, il n'en doit avoir aucune répétition, et il doit être censé avoir voulu, en les faisant, en gratifier le propriétaire; *donasse videtur* [1].

On ne doit pas non plus opposer que, lorsque le mari a, pendant la communauté, fait, des deniers de la communauté, des impenses utiles sur l'héritage propre de la femme, quoique sans son consentement, la femme doit récompense à la communauté de ces impenses, jusqu'à concurrence de ce dont son héritage a augmenté de valeur, comme nous l'avons vu en notre *Traité de la Communauté.*

La réponse est, que cette récompense est fondée sur une raison particulière à cette espèce, qui est que tous avantages directs ou indirects sont défendus entre mari et femme pendant le mariage ; et que si la femme ne devait pas en ce cas récompense, il serait au pouvoir du mari de l'avantager indirectement.

277. Le propriétaire de l'héritage sur lequel la douairière a fait des impenses sans nécessité et sans le consulter, n'est pas à la vérité obligé de les rembourser aux héritiers de la douairière, quoiqu'elles aient augmenté la valeur de l'héritage sur lequel elles ont été faites ; mais au moins ce propriétaire est obligé de souffrir que les améliorations que la douairière a faites, viennent

---

thier, il est impossible d'admettre que les rédacteurs du Code n'aient pas pensé aux constructions et plantations ; enfin nous ajouterons qu'il est insolite dans le langage du droit de qualifier l'usufruitier de *possesseur de mauvaise foi.*

Art. 555 : « Lorsque les plantations, « constructions et ouvrages ont été « faits par un tiers et avec ses maté- « riaux, le propriétaire du fonds a droit « ou de les retenir, ou d'obliger ce « tiers à les enlever.—Si le proprié- « taire du fonds demande la suppres- « sion des plantations et constructions, « elle est aux frais de celui qui les a « faites, sans aucune indemnité pour « lui ; il peut même être condamné à « des dommages et intérêts, s'il y a « lieu, pour le préjudice que peut avoir « éprouvé le propriétaire du fonds.— « Si le propriétaire préfère conserver « ces plantations et constructions, il « doit le remboursement de la valeur « des matériaux et du prix de la main- « d'œuvre, sans égard à la plus ou « moins grande augmentation de va- « leur que le fonds a pu recevoir. « Néanmoins, si les plantations, con- « structions et ouvrages ont été faits « par un tiers évincé, qui n'aurait pas « été condamné à la restitution des « fruits, attendu sa bonne foi, le pro- « priétaire ne pourra demander la sup- « pression desdits ouvrages, planta- « tions et constructions ; mais il aura « le choix, ou de rembourser la valeur « des matériaux et du prix de la main- « d'œuvre, ou de rembourser une « somme égale à celle dont le fonds a « augmenté de valeur. »

[1] Pothier expose ici la doctrine du droit romain strict, au sujet de celui qui construit sciemment sur le fonds d'autrui. L'art. 555, C. civ. (*V.* la note précédente) n'est pas aussi sévère, au moins pour le cas où le propriétaire veut conserver l'édifice ; mais cela ne change rien à l'opinion que nous venons d'émettre dans la note précédente ; car l'usufruitier a une raison, tirée de sa qualité même, pour faire cette amélioration, il espère que pendant la durée de sa jouissance il sera largement indemnisé, il travaille réellement pour lui et non pour autrui ; il se soumet très volontairement à une chance.

en compensation, jusqu'à due concurrence, avec les dégradations que ce propriétaire prétendrait avoir été faites par la douairière sur ledit héritage : car un héritage ne peut être censé détérioré que sous la déduction de ce dont il est amélioré [1].

278. Il reste à observer que, si le propriétaire de l'héritage n'est pas obligé envers les héritiers de la douairière au remboursement des améliorations faites par la douairière, il doit au moins souffrir qu'ils emportent tout ce qui peut être détaché et emporté sans détérioration, comme nous l'avons déjà vu [2].

§ V. *De l'obligation des héritiers de la douairière de faire les réparations qui se sont trouvées à faire, à la mort de la douairière, aux héritages dont elle jouissait.*

279. La douairière, en entrant en jouissance des héritages dont elle jouit pour son douaire, ayant, comme nous l'avons déjà vu *suprà*, n° 210, contracté l'obligation d'en jouir en bon père de famille, et par conséquent de les entretenir de réparations, il naît de cette obligation une action qu'a l'héritier du mari propriétaire de ces héritages, contre les héritiers de la douarière, pour les obliger à les faire.

Ils ne sont ordinairement tenus que des réparations d'entretien, et non des grosses réparations qui se trouvent à faire. Néanmoins si les grosses réparations qui se trouvent à faire, ont été occasionnées par le défaut d'entretien, et proviennent par conséquent de la faute de la douairière, ils en seront aussi tenus [3].

Le propriétaire qui exerce cette action, doit, par l'exploit de demande, donner un état de toutes les réparations qu'il prétend être à faire. Si les héritiers de la douairière conviennent qu'elles sont à faire, le juge les condamne à les faire : s'ils en disconviennent, il en ordonne la visite ; et après la visite faite, il les condamne à faire les réparations comprises au rapport. S'ils sont en demeure de satisfaire à ladite sentence, le propriétaire en obtient une seconde, par laquelle le juge autorise le propriétaire à les faire lui-même, et condamne les héritiers à payer la somme qu'elles auront coûtée [4].

§ VI. *Des dommages et intérêts dont sont tenus les héritiers de la douairière, soit pour les dégradations par elle faites dans les héritages dont elle jouissait, soit pour ce qu'elle a laissé perdre par sa faute.*

280. La douairière, en entrant en jouissance de son douaire, ayant, comme nous l'avons déjà dit, contracté l'obligation de jouir en bon père de famille, des héritages qui le composent, et de conserver tout ce qui en dépend, les héritiers, qui succèdent à toutes ses obligations, sont tenus des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de cette obligation.

C'est pourquoi, si la douairière y a contrevenu, en laissant dégrader les héritages dont elles jouissait ; *putà* si elle a laissé périr des vignes faute d'en-

---

[1] Cette compensation ne nous paraît pas généralement admissible, nous voyons bien la dette de l'usufruitier qui a dégradé, mais nous n'apercevons pas de créance pour amélioration ; seulement dans le cas où il y aurait une certaine homogénéité de nature et de destination entre les objets améliorés et ceux détériorés, cette compensation pourrait être admise ; ce qui équivaut à dire que l'usufruitier aurait réparé les dégradations qu'il avait lui-même commises.

[2] En rétablissant les lieux dans leur état primitif.

[3] *V.* art. 605, C. civ., ci-dessus, p. 414, note 1.

[4] *V.* art. 1144, C. civ.

Art. 1144 : « Le créancier peut aussi, « en cas d'inexécution, être autorisé à « faire exécuter lui-même l'obligation « aux dépens du débiteur. »

tretien ; si elle a laissé périr des bois faute de les avoir munis, par de bonnes clôtures, contre les bestiaux qui les ont broutés ; si elle a abattu des bois de futaie ou des arbres fruitiers, ou fait d'autres dégradations, les héritiers de la douairière sont tenus des dommages et intérêts qui en résultent, tels qu'ils seront estimés par des experts, dont les parties conviendront.

281. Pareillement, si la douairière a laissé perdre la possession de quelque terrain dépendant d'un héritage dont elle jouissait, faute de s'être opposée à l'entreprise d'un voisin qui en a usurpé la possession, et d'avoir averti à temps le propriétaire, qui, n'ayant pas été averti, n'a pu former dans l'année la complainte pour en conserver la possession, les héritiers de la douairière sont tenus des dommages et intérêts que le propriétaire souffre de la perte de la possession de ce terrain usurpé, à la charge par le propriétaire de leur céder ses actions au pétitoire, pour par eux, si bon leur semble, les exercer à leur profit et à leurs risques contre l'usurpateur [1]. Les héritiers de la douairière pourraient se défendre contre ces dommages et intérêts, s'ils avaient la preuve à la main que le terrain, dont le voisin s'est mis en possession, appartient à ce voisin, et avait été usurpé par le mari de la douairière. Il doit dépendre de la prudence du juge de les recevoir à cette preuve à laquelle il ne doit les admettre que lorsqu'ils allèguent quelque chose de clair.

Pareillement, si la douairière a laissé perdre, *non utendo*, des droits de servitude, et autres droits dépendants des héritages dont elle jouissait, ses héritiers sont tenus des dommages et intérêts qui en résultent.

282. Quoique ce ne soit qu'envers l'héritier de son mari que la douairière ait contracté l'obligation de jouir en bon père de famille, et de conserver les biens dont elle jouissait pour son douaire, néanmoins le tiers acquéreur qui a acquis de l'héritier du mari l'héritage que la douairière a dégradé, ou dont elle a laissé perdre par sa faute quelques dépendances, est reçu à demander aux héritiers de la douairière les dommages et intérêts qui en résultent.

La raison est, que l'héritier du mari, en vendant cet héritage à ce tiers acquéreur, est censé lui avoir cédé avec l'héritage tous les droits et actions qu'il pouvait avoir par rapport à cet héritage. C'est ce que les notaires ont coutume de comprendre dans leur style, par ces termes, *circonstances et dépendances, noms, raisons et actions* lesquels doivent s'y sous-entendre, s'ils y avaient été omis [2]. C'est pourquoi ce tiers acquéreur doit être reçu, comme cessionnaire *et procurator in rem suam* de l'héritier du mari, à intenter ces actions en dommages et intérêts contre les héritiers de la douairière.

Il en est de même de tous autres tiers acquéreurs qui ont acquis de l'héritier du mari l'héritage à titre de donation, ou à quelque autre titre que ce soit.

283. Par la même raison, si la douairière ou l'héritier de la douairière avait acheté de l'héritier du mari la propriété de l'héritage dont la douairière jouissait en usufruit pour son douaire, l'héritier du mari serait censé avoir

[1] *V.* art. 614, C. civ.

Art. 614 : « Si, pendant la durée de « l'usufruit, un tiers commet quelque « usurpation sur le fonds, ou attente « autrement aux droits du propriétaire, « l'usufruitier est tenu de le dénoncer « à celui-ci : faute de ce, il est responsable de tout le dommage qui peut en « résulter pour le propriétaire, comme « il le serait de dégradations commises « par lui-même. »

[2] Cette règle est un peu trop générale. On conçoit très bien l'aliénation du fonds sans la cession de tous les droits et actions que pouvait avoir l'aliénation par rapport à cet héritage, où à son occasion, lorsque la cause de ces droits est antérieure à l'aliénation, et qu'elle ne produisait qu'une action personnelle : il n'est donc pas nécessaire, dans le silence des parties, de toujours sous-entendre cette cession.

cédé avec l'héritage toutes ses actions en dommages et intérêts pour les susdites choses; et il ne serait plus recevable à les intenter, à moins qu'il ne se les fût expressément retenues.

284. Lorsque l'héritier du mari, après un certain temps de jouissance de la douairière, rachète d'elle son usufruit pour une certaine somme; si par le contrat, les parties ne se sont pas expliquées sur les réparations qui étaient à faire aux héritages dont elle jouissait pour son douaire, sur les dégradations qu'elle y avait faites, et sur ce qu'elle a perdu par sa faute, l'héritier du mari conserve-t-il ces actions contre la douairière et les héritiers de la douairière pour raison de toutes les susdites choses?

Je pense qu'il les conserve; car personne ne doit être facilement présumé renoncer à ses droits : le rachat que l'héritier du mari fait de l'usufruit de la douairière, ne contient rien qui renferme une remise des actions qu'il a contre elle[1].

Mais si la douairière avait, par libéralité, fait une remise gratuite de son usufruit à l'héritier du mari, qui aurait accepté ladite remise, cet héritier aurait mauvaise grâce et ne devrait pas être reçu à poursuivre la douairière pour les réparations qui sont à faire aux héritages dont la douairière a joui et pour les dommages et intérêts résultant des dégradations faites par la douairière, et de ce qu'elle a laissé perdre.

§ VII. *De l'obligation des héritiers de la douairière, par rapport aux fruits et aux intérêts.*

285. L'héritier du mari, ou ses successeurs à la propriété des héritages et autres droits immobiliers dont la veuve avait la jouissance pour son douaire, rentrant de plein droit dans cette jouissance à l'instant de la mort de la douairiere, les héritiers de la douairière n'ont ni titre ni qualité pour percevoir aucuns fruits desdits héritages qui naîtront ou seront à percevoir après la mort de la douarière : c'est pourquoi, s'ils en ont perçu quelques-uns, il n'est pas douteux qu'ils doivent les restituer au propriétaire de l'héritage.

Ils peuvent néamoins recevoir les fermes et loyers des héritages, et les arrérages des rentes dont la douairière jouissait, qui sont nés et dus, du vivant de la douairière, et lui ont été par conséquent acquis, quoique les termes de paiement ne soient échus que depuis sa mort[2]. Voyez *suprà*, n° 204.

286. Il y a un cas auquel les héritiers de la douairière sont tenus de faire raison au propriétaire de l'héritage, de certains fruits recueillis par la douairière elle-même; c'est le cas auquel la douairière les aurait recueillis, et serait morte avant le temps qu'ils eussent dû être recueillis[3].

Par exemple, si une douairière jouissait en usufruit, pour son douaire, de quelque héritage dont dépendent des bois taillis, et que l'usage du pays fût de ne couper les bois taillis qu'à l'âge de douze ans au plus tôt; la douairière les ayant coupés à l'âge de dix ans, et étant morte avant le temps auquel ils auraient dû être coupés, les héritiers de la douairière doivent rapporter au propriétaire le prix de cette coupe; car un usufruitier devant jouir en bon père de famille, et par conséquent conformément à l'usage du pays, la douairière n'a pu, en avançant le temps de la coupe contre l'usage du pays, priver le propriétaire de l'héritage d'une coupe qui lui aurait appartenu, si elle eût été faite en son temps.

---

[1] Cette décision nous paraît encore susceptible de critique : elle est trop absolue; car, si le nu propriétaire en rachetant l'usufruit avait positivement connaissance de l'existence de ces dégradations, il nous semble qu'on devrait facilement admettre qu'elles ont été prises en considération pour fixer le prix du rachat ou de l'extinction de l'usufruit *in futurum*.

[2] *V.* art. 585, C. civ., ci-dessus, p. 393, note 1.

[3] Les fruits civils s'acquièrent aujourd'hui par jour. *V.* art. 586, C. civ., *ibid.*

Pareillement, si la douairière, s'étant trouvée dangereusement malade vers le temps des vendanges, eût, sur un héritage dont elle jouissait pour son douaire, fait vendanger ces raisins qui n'étaient pas suffisamment mûrs, la douairière étant morte peu après, avant que la vendange fût ouverte dans le quartier; le propriétaire de l'héritage est bien fondé à demander aux héritiers de la douairière le prix de la récolte, qui eût dû lui appartenir, si elle eût été faite en son temps.

Les héritiers ne seraient pas reçus à lui offrir la récolte qui a été faite par la douairière; car il ne serait pas indemne, si on lui donnait de mauvais vin vert à la place de bon vin qu'il eût recueilli, si la vendange avait été faite en son temps [1].

287. Lorsque le douaire consistait en une somme d'argent dont la douairière jouissait pour son douaire, l'héritier du mari, à la mort de la douairière, n'a contre les héritiers de la douairière qu'une simple créance pour la restitution de cette somme, dont les héritiers ne doivent les intérêts que du jour de la demande judiciaire.

---

[1] Ces décisions, ainsi que celle relative à la coupe faite par anticipation, devraient encore être admises aujourd'hui. *V.* art. 590, C. civ., p. 386, note 1.

SECONDE PARTIE.

DU DOUAIRE DES ENFANTS.

288. La plus grande partie des coutumes n'accordent le douaire qu'à la femme. — Quelques coutumes l'accordent aussi aux enfants : celle de Paris est de ce nombre [1].

Parmi les coutumes qui accordent le douaire aux enfants, il y en a qui ne font à cet égard aucune distinction entre les personnes nobles et les non-nobles, entre les biens nobles et les biens roturiers, ni entre le douaire coutumier et le conventionnel.— Celle de Paris est de ce nombre.

289. Il y en a plusieurs qui n'accordent le douaire aux enfants *qu'entre nobles*. — De ce nombre, sont celles d'Etampes, Châteauneuf, Chartres et Dunois.

Il faut dans ces coutumes, pour que les enfants aient droit de douaire, que leur père ait été noble dès le temps qu'il a contracté mariage. S'il n'est devenu noble que depuis son mariage, ses enfants n'auront pas droit de douaire : car c'est par le mariage que se contracte l'obligation du douaire, soit envers la femme, soit envers les enfants. Donc si le père n'était pas alors noble, l'obligation du douaire n'a pas été contractée ; et quoique le père soit depuis devenu noble, les enfants ne peuvent le prétendre.

Pour qu'il y ait lieu, dans ces coutumes, au douaire des enfants, il faut aussi que la noblesse de l'homme qui se marie, soit une noblesse transmissible. Ces termes, *entre nobles*, qui sont au pluriel, font entendre que ce n'est pas dans le père seul que la noblesse est requise, et qu'elle l'est pareillement dans les enfants. C'est même principalement dans les enfants ; car le douaire étant établi pour eux, c'est principalement dans leurs personnes qu'on doit considérer la qualité requise pour qu'il y ait lieu à ce douaire.

290. La coutume de Clermont, art. 160, a fait une distinction à l'égard du douaire des enfants, entre les fiefs et les héritages roturiers ; elle accorde aux enfants le douaire dans ceux-ci, et le leur refuse dans les fiefs.

Celle de Dunois, art. 70, fait une autre distinction entre le douaire conventionnel et le coutumier : elle accorde aux enfants la propriété du douaire conventionnel qu'un homme noble a assigné à sa femme ; elle se tait sur le coutumier : d'où l'on doit conclure qu'elle n'accorde pas aux enfants la propriété de celui-ci, suivant la maxime : *Qui dicit de uno, negat de altero.*

Nous partagerons cette partie en quatre chapitres.

Nous verrons dans le premier, ce que c'est que le douaire des enfants, et en quoi il consiste : — Dans le second nous verrons quand il se contracte, quand il est ouvert, et quelles sont les actions qui en naissent ; —Dans un troisième, à quels enfants il est dû, et sous quelles conditions ; — Dans le quatrième, comment il se partage, et quels enfants y ont part.

---

[1] Nos lois nouvelles n'accordent aucun douaire ni à la veuve ni aux enfants.

CHAPITRE PREMIER.

Ce que c'est que le douaire des enfants; en quoi il consiste, et quelle est sa nature.

291. Le *douaire des enfants* est un certain fonds, soit en héritages ou rentes, soit en argent, que la loi municipale ou la convention du contrat de mariage charge l'homme qui se marie, de laisser, après sa mort, aux enfants qui naîtront du mariage, à la charge d'en laisser jouir la mère pendant sa vie.

Dans la coutume de Paris et dans les autres coutumes qui accordent un douaire aux enfants (sauf dans celle de Normandie, où le tiers coutumier des enfants ne se règle pas par le douaire de leur mère), le douaire des enfants consiste dans la propriété des mêmes choses dont la loi ou la convention a assigné l'usufruit à la femme pour le sien.

De là il suit que le douaire des enfants et celui de la femme sont un seul et même douaire, dont la femme a l'usufruit et les enfants ont la propriété.

De là il suit que, de même qu'il y a deux espèces de douaires de la femme, le *coutumier* et le *préfix*, ou *conventionnel*, il y a pareillement deux espèces de douaires des enfants, le *coutumier* et le *préfix*, ou *conventionnel*.

Pour développer ceci, nous verrons dans un premier article, quelle est la nature du douaire des enfants, et en quoi il diffère de la légitime : — Dans un second, nous verrons quelles sont les choses sujettes au douaire coutumier des enfants, et en quels cas il leur est dû une indemnité, lorsque ces choses ont cessé d'y être sujettes : — Dans un troisième, nous verrons par quelle coutume on doit décider si les choses sujettes au douaire coutumier de la femme, le sont aussi à celui des enfants. — Nous verrons, dans un quatrième article, quelles sont les charges du douaire coutumier des enfants. — Nous verrons, dans un cinquième, quand le douaire préfix est propre aux enfants, et en quoi il consiste.

ART. I. — Quelle est la nature du douaire des enfants.

292. Suivant la coutume de Paris, et toutes les autres qui accordent un douaire aux enfants, à l'exception de celle de Normandie, le douaire des enfants étant le même douaire que celui de la femme, dont la femme a la jouissance, et les enfants ont la propriété, il est de même nature que celui de la femme.

Ce douaire, de même que celui de la femme, n'est pas regardé comme une donation que l'homme fasse aux enfants qui naîtront de son mariage; il n'est pas en conséquence sujet à l'insinuation. C'est pour cela qu'il a été jugé par un arrêt qui est rapporté *suprà*, n° 6, qu'il n'était pas sujet à retranchement pour la légitime des autres enfants.

Cela a lieu à l'égard des coutumes où le douaire est propre aux enfants; mais dans celles qui n'accordent un douaire qu'à la veuve, lorsqu'on convient par le contrat de mariage « que le douaire sera propre aux enfants qui naîtront du mariage », on ne peut guère se dispenser de regarder ce douaire comme une donation que les conjoints font aux enfants qui naîtront de leur mariage; laquelle n'est pas à la vérité sujette à l'insinuation, les donations faites en ligne directe par les contrats de mariage, n'y étant pas sujettes; mais elle doit être sujette au retranchement pour la légitime des autres enfants.

Par la même raison, dans les coutumes qui n'accordent pas de douaire aux enfants, si elles sont aussi coutumes d'égalité parfaite, qui obligent les enfants, quoique renonçant à la succession, au rapport des donations qui leur ont été

faites, les enfants douairiers doivent faire à tous leurs frères et sœurs de père, rapport de leur douaire, lequel, dans ces coutumes, est réputé une donation faite aux enfants.

Ces deux points ont été jugés par arrêt du 16 mars 1764, en la troisième des enquêtes, entre M. de Thuis et consorts, d'une part, et les dames de Saint-Sulpice et de Maulevrier, d'autre part.

Par la même raison, dans les coutumes d'Anjou et du Maine, lorsqu'on a stipulé un douaire propre aux enfants, le fils aîné, héritier de son père, peut faire réduire le douaire des puînés qui se portent douairiers, à la portion dont il est permis au père de disposer envers eux de ses biens.

293. Ce douaire des enfants est une espèce de légitime que la loi ou la convention du contrat de mariage assigne, dans les biens de l'homme qui se marie, aux enfants qui naîtront du mariage, afin de pourvoir à leur établissement, à la charge d'en laisser jouir leur mère pendant sa vie ; et qu'elle charge l'homme de leur conserver, sans qu'il puisse en rien vendre ni engager, ni y donner aucune atteinte, de quelque manière que ce soit.

Quoique ce douaire des enfants puisse être regardé comme une espèce de légitime, il est néanmoins très différent de la légitime.

1° La légitime est due tant par le père que par la mère · le douaire n'est dû que par le père.

2° La légitime n'est due que dans les biens que le père ou la mère laissent lors de leur décès, et dans ceux dont ils ont disposé par donation entre-vifs ; le douaire coutumier est dû dans tous les héritages et autres immeubles que le père avait au temps des épousailles, et dans ceux qui lui sont venus pendant le mariage, de ses père, mère, ou parents de la ligne ascendante, sans qu'il puisse les aliéner ni les engager au préjudice du douaire, ni y donner aucune atteinte, de quelque manière que ce soit ; et le préfix est dû dans les choses dont on est convenu ;

3° La légitime, dans les biens que le mari laisse à son décès, ne va qu'après les dettes ; au contraire, le douaire n'est chargé que des dettes contractées avant le mariage ;

4° La légitime est due aux enfants en leur qualité d'héritiers ; au contraire, les enfants doivent renoncer à la qualité d'héritiers de leur père, pour avoir le douaire ;

5° Enfin, le père ne peut, par son contrat de mariage, priver de leur légitime les enfants qui naîtront du mariage ; au contraire les enfants peuvent être privés du douaire par une convention du contrat de mariage [1].

294. Ils en sont privés lorsqu'il est convenu par le contrat de mariage, que la femme n'aura aucun douaire : car le douaire des enfants étant la propriété des choses dont la femme a la jouissance pour le sien, lorsque la femme n'a aucun douaire, les enfants ne peuvent en avoir aucun.

Si le contrat de mariage portait une donation universelle que le mari ferait à la femme, sans qu'il y fût parlé de douaire, cette donation est-elle censée renfermer une exclusion du douaire qui en prive les enfants?

Il a été jugé par arrêt du 18 décembre 1683, rapporté au 3e tome du *Journal du Palais* (liv. 9, ch. 30), qu'il n'y avait point, en ce cas, d'exclusion du douaire : la femme le trouve et le confond dans sa donation, plutôt qu'il n'est exclu ; c'est pourquoi les enfants sont bien fondés à le prendre.

295. Non-seulement les enfants peuvent être privés du douaire par la convention que la femme n'aura pas de douaire ; on peut aussi, dans les coutumes qui accordent aux enfants la propriété du douaire de la femme, laisser à la

---

[1] Il est bon de remarquer que tout ce que Pothier dit ici de la *légitime*, s'applique aujourd'hui à la *réserve*.

femme son douaire, et convenir que les enfants n'en auront pas la propriété; de même qu'on peut au contraire, dans les coutumes qui n'accordent pas aux enfants la propriété du douaire, convenir qu'ils l'auront.

296. Dans les coutumes qui accordent aux enfants la propriété du douaire de la femme, lorsque par une convention du contrat de mariage il est porté que la femme aura *sans retour*, ou aura *en propriété* la somme ou les choses qui lui sont assignées pour son douaire, cette convention est-elle censée exclure du douaire les enfants?

Il semble d'abord qu'elle les en exclut; car le douaire des enfants étant la propriété des choses qui forment celui de la femme, il semble qu'ils ne peuvent plus avoir de douaire à prétendre, puisqu'aux termes de cette convention, la femme doit elle-même avoir cette propriété. Néanmoins la jurisprudence, suivant que l'atteste Renusson (ch. 5, n° 17), a interprété favorablement cette convention, en ce sens, que les parties sont censées n'avoir pas eu intention, par cette convention, de priver du douaire coutumier les enfants qui naîtraient du mariage, et qu'en accordant à la femme, par cette convention, la propriété des choses qui lui avaient été assignées pour son douaire, les parties n'avaient eu en vue que le cas auquel il n'y aurait pas lieu au douaire des enfants, soit parce que l'homme ne laisserait à son décès aucuns enfants de ce mariage, soit parce qu'ils accepteraient sa succession.

Auzanet a même été jusqu'à dire qu'il suffisait qu'il y eût des enfants du mariage, quoiqu'ils fussent héritiers et non douairiers, pour que la femme ne pût avoir la propriété de son douaire en vertu de cette convention, qui doit être censée n'avoir été interposée que contre les héritiers collatéraux : mais la clause étant générale, et ayant interdit indistinctement aux héritiers du mari le retour des choses assignées à la femme pour son douaire, c'est sans fondement que cet auteur la restreint aux héritiers collatéraux. Renusson (*ibid.*, nos 18 et 20) rapporte deux arrêts (des 23 mars 1587 et 7 juillet 1674) qui, contre cette opinion, ont jugé que, dans l'espèce de cette clause, n'y ayant pas eu lieu au douaire des enfants, par l'acceptation qu'ils avaient faite de la succession de leur père, la veuve devait avoir, conformément à la convention, la propriété de son douaire.

297. Il nous reste à observer sur la nature du douaire des enfants, que, quoique le douaire ne soit ni une donation, ni encore moins un titre de succession, puisqu'il faut au contraire renoncer à la succession pour l'avoir, néanmoins le douaire, de même que la donation, tient lieu aux enfants de la succession de leur père : c'est pourquoi les héritages de leur père, qu'ils recueillent à ce titre, leur sont propres paternels, de même que s'ils les avaient eus à titre de succession. — Quelques coutumes en ont des dispositions, comme Senlis, art. 177.

ART. II. — Quelles choses sont sujettes au douaire coutumier des enfants; et en quels cas leur est-il dû indemnité, lorsque lesdites choses ont cessé d'exister, ou d'y être sujettes.

§ Ier. *Quelles choses sont sujettes au douaire coutumier des enfants?*

298. Le douaire des enfants, dans les coutumes qui le leur accordent, étant le même douaire que celui de la femme, dont la femme a la jouissance, et dont ils ont la propriété, le douaire coutumier des enfants consiste, dans ces coutumes, dans la propriété des même choses qui sont sujettes à celui de la femme, quant à la portion pour laquelle elles y sont sujettes, à la charge de l'en laisser jouir pendant sa vie.

C'est pourquoi, dans la coutume de Paris et dans les coutumes semblables, le douaire de la femme consistant dans l'usufruit de la moitié des héritages et autres immeubles que le mari avait au temps des épousailles, et de ceux qui

depuis, pendant le mariage, lui sont venus de ses père, mère, ou aures parents de la ligne ascendaute, comme nous l'avons vu en la première partie, le douaire des enfants doit consister dans la propriété de cette moitié desdits biens.

On doit donc établir pour principe général, qui ne souffre aucune exception, que toutes les choses qui sont sujettes au douaire coutumier de la femme, le sont aussi, dans ces coutumes, au douaire coutumier des enfants, pour la même portion quant à laquelle ils le sont à celui de la femme; et toutes celles qui ne sont pas sujettes au douaire de la femme, ne le sont pas non plus au douaire des enfants.

C'est pourquoi, ce que nous avons dit dans la première partie, chap. 2, art. 2, § 2, par rapport au douaire de la femme, sur les héritages qui doivent être censés avoir appartenu au mari dès le temps des épousailles, et être en conséquence sujets au douaire de la femme; ce que nous avons dit aux paragraphes 3 et 4, de ceux qui lui sont échus en directe pendant le mariage; ce que nous avons dit en l'article 3, des biens chargés de substitution, qui sont sujets subsidiairement au douaire de la femme; ce que nous avons dit en l'article 4, de ce qui est uni aux héritages sujets au douaire, de ce qui en reste, et de ce qui y est subrogé; tout cela reçoit une entière application au douaire des enfants; les enfants, dans les coutumes qui leur accordent la propriété du douaire, ayant la propriété des mêmes choses qui composent celui de leur mère.

299. Pareillement, ce qui a été dit en la première partie, ch. 2, art. 2, § 2, par rapport au douaire de la femme, de la diminution que les douaires des précédents mariages apportent à ceux des mariages subséquents, s'applique au douaire des enfants, qui ont la propriété de la même portion dont leur mère a l'usufruit.

300. Les biens meubles d'un homme, les propres qu'il a ameublis à sa communauté, les acquêts qu'il a faits depuis qu'il est marié, les biens qui lui sont échus depuis par succession collatérale, ou de celle de ses enfants, n'étant pas sujets au douaire de la femme, ils ne doivent pas, suivant notre principe, être sujets au douaire des enfants.

301. Pareillement, les héritages et autres immeubles qui ne sont venus à un homme des successions de ses père et mère, que depuis la mort de sa femme, n'ayant pu être sujets au douaire de la femme, ils ne sont pas sujets au douaire des enfants.

Les enfants peuvent bien avoir leur douaire dans les choses qui ont été affectées au douaire de leur mère, quoique le douaire de leur mère ait défailli par son prédécès; mais ils ne peuvent l'avoir que sur celles qui étaient affectées au douaire de leur mère : or, il est évident que celles qui ne sont échues à leur père que depuis la mort de leur mère, n'y ont jamais pu être affectées.

La coutume de Paris s'en explique formellement en l'article 253, où il est dit : « Le douaire coutumier des enfants du premier lit, est la moitié des immeubles qu'il avait lors du premier mariage, et qui lui sont avenus *pendant* « *icelui mariage,* en ligne directe. »

Il résulte de ces termes, *pendant icelui mariage,* que la coutume exclut du douaire des enfants ce qui ne serait advenu à leur père que depuis la mort de sa femme, qui a dissous le mariage.

Néanmoins Lemaître (tit. 11, ch. 2 *in ppio*) cite un arrêt (du 12 mars 1607) par lequel il prétend avoir été jugé que les enfants avaient leur douaire dans les héritages advenus à leur père en directe, quoique depuis la mort de leur mère : mais cet arrêt, si tant est qu'il existe, ne doit pas être suivi, par les raisons ci-dessus expliquées.

femme son douaire, et convenir que les enfants n'en auront pas la propriété; de même qu'on peut au contraire, dans les coutumes qui n'accordent pas aux enfants la propriété du douaire, convenir qu'ils l'auront.

296. Dans les coutumes qui accordent aux enfants la propriété du douaire de la femme, lorsque par une convention du contrat de mariage il est porté que la femme aura *sans retour*, ou aura *en propriété* la somme ou les choses qui lui sont assignées pour son douaire, cette convention est-elle censée exclure du douaire les enfants?

Il semble d'abord qu'elle les en exclut; car le douaire des enfants étant la propriété des choses qui forment celui de la femme, il semble qu'ils ne peuvent plus avoir de douaire à prétendre, puisqu'aux termes de cette convention, la femme doit elle-même avoir cette propriété. Néanmoins la jurisprudence, suivant que l'atteste Renusson (ch. 5, n° 17), a interprété favorablement cette convention, en ce sens, que les parties sont censées n'avoir pas eu intention, par cette convention, de priver du douaire coutumier les enfants qui naîtraient du mariage, et qu'en accordant à la femme, par cette convention, la propriété des choses qui lui avaient été assignées pour son douaire, les parties n'avaient eu en vue que le cas auquel il n'y aurait pas lieu au douaire des enfants, soit parce que l'homme ne laisserait à son décès aucuns enfants de ce mariage, soit parce qu'ils accepteraient sa succession.

Auzanet a même été jusqu'à dire qu'il suffisait qu'il y eût des enfants du mariage, quoiqu'ils fussent héritiers et non douairiers, pour que la femme ne pût avoir la propriété de son douaire en vertu de cette convention, qui doit être censée n'avoir été interposée que contre les héritiers collatéraux : mais la clause étant générale, et ayant interdit indistinctement aux héritiers du mari le retour des choses assignées à la femme pour son douaire, c'est sans fondement que cet auteur la restreint aux héritiers collatéraux. Renusson (*ibid.*, n°s 18 et 20) rapporte deux arrêts (des 23 mars 1587 et 7 juillet 1674) qui, contre cette opinion, ont jugé que, dans l'espèce de cette clause, n'y ayant pas eu lieu au douaire des enfants, par l'acceptation qu'ilsavaient faite de la succession de leur père, la veuve devait avoir, conformément à la convention, la propriété de son douaire.

297. Il nous reste à observer sur la nature du douaire des enfants, que, quoique le douaire ne soit ni une donation, ni encore moins un titre de succession, puisqu'il faut au contraire renoncer à la succession pour l'avoir, néanmoins le douaire, de même que la donation, tient lieu aux enfants de la succession de leur père : c'est pourquoi les héritages de leur père, qu'ils recueillent à ce titre, leur sont propres paternels, de même que s'ils les avaient eus à titre de succession. — Quelques coutumes en ont des dispositions, comme Senlis, art. 177.

ART. II. — Quelles choses sont sujettes au douaire coutumier des enfants; et en quels cas leur est-il dû indemnité, lorsque lesdites choses ont cessé d'exister, ou d'y être sujettes.

§ Ier. *Quelles choses sont sujettes au douaire coutumier des enfants?*

298. Le douaire des enfants, dans les coutumes qui le leur accordent, étant le même douaire que celui de la femme, dont la femme a la jouissance, et dont ils ont la propriété, le douaire coutumier des enfants consiste, dans ces coutumes, dans la propriété des même choses qui sont sujettes à celui de la femme, quant à la portion pour laquelle elles y sont sujettes, à la charge de l'en laisser jouir pendant sa vie.

C'est pourquoi, dans la coutume de Paris et dans les coutumes semblables, le douaire de la femme consistant dans l'usufruit de la moitié des héritages et autres immeubles que le mari avait au temps des épousailles, et de ceux qui

depuis, pendant le mariage, lui sont venus de ses père, mère, ou aures parents de la ligne ascendaute, comme nous l'avons vu en la première partie, le douaire des enfants doit consister dans la propriété de cette moitié desdits biens.

On doit donc établir pour principe général, qui ne souffre aucune exception, que toutes les choses qui sont sujettes au douaire coutumier de la femme, le sont aussi, dans ces coutumes, au douaire coutumier des enfants, pour la même portion quant à laquelle ils le sont à celui de la femme; et toutes celles qui ne sont pas sujettes au douaire de la femme, ne le sont pas non plus au douaire des enfants.

C'est pourquoi, ce que nous avons dit dans la première partie, chap. 2, art. 2, § 2, par rapport au douaire de la femme, sur les héritages qui doivent être censés avoir appartenu au mari dès le temps des épousailles, et être en conséquence sujets au douaire de la femme; ce que nous avons dit aux paragraphes 3 et 4, de ceux qui lui sont échus en directe pendant le mariage; ce que nous avons dit en l'article 3, des biens chargés de substitution, qui sont sujets subsidiairement au douaire de la femme; ce que nous avons dit en l'article 4, de ce qui est uni aux héritages sujets au douaire, de ce qui en reste, et de ce qui y est subrogé; tout cela reçoit une entière application au douaire des enfants; les enfants, dans les coutumes qui leur accordent la propriété du douaire, ayant la propriété des mêmes choses qui composent celui de leur mère.

299. Pareillement, ce qui a été dit en la première partie, ch. 2, art. 2, § 2, par rapport au douaire de la femme, de la diminution que les douaires des précédents mariages apportent à ceux des mariages subséquents, s'applique au douaire des enfants, qui ont la propriété de la même portion dont leur mère a l'usufruit.

300. Les biens meubles d'un homme, les propres qu'il a ameublis à sa communauté, les acquêts qu'il a faits depuis qu'il est marié, les biens qui lui sont échus depuis par succession collatérale, ou de celle de ses enfants, n'étant pas sujets au douaire de la femme, ils ne doivent pas, suivant notre principe, être sujets au douaire des enfants.

301. Pareillement, les héritages et autres immeubles qui ne sont venus à un homme des successions de ses père et mère, que depuis la mort de sa femme, n'ayant pu être sujets au douaire de la femme, ils ne sont pas sujets au douaire des enfants.

Les enfants peuvent bien avoir leur douaire dans les choses qui ont été affectées au douaire de leur mère, quoique le douaire de leur mère ait défailli par son prédécès; mais ils ne peuvent l'avoir que sur celles qui étaient affectées au douaire de leur mère : or, il est évident que celles qui ne sont échues à leur père que depuis la mort de leur mère, n'y ont jamais pu être affectées.

La coutume de Paris s'en explique formellement en l'article 253, où il est dit : « Le douaire coutumier des enfants du premier lit, est la moitié des im« meubles qu'il avait lors du premier mariage, et qui lui sont avenus *pendant* « *icelui mariage,* en ligne directe. »

Il résulte de ces termes, *pendant icelui mariage,* que la coutume exclut du douaire des enfants ce qui ne serait advenu à leur père que depuis la mort de sa femme, qui a dissous le mariage.

Néanmoins Lemaître (tit. 11, ch. 2 *in ppio*) cite un arrêt (du 12 mars 1607) par lequel il prétend avoir été jugé que les enfants avaient leur douaire dans les héritages advenus à leur père en directe, quoique depuis la mort de leur mère : mais cet arrêt, si tant est qu'il existe, ne doit pas être suivi, par les raisons ci-dessus expliquées.

§ II. *En quels cas les enfants doivent-ils avoir une indemnité pour les choses sujettes au douaire, qui ont cessé d'exister, ou d'y être sujettes.*

302. Nous avons parcouru en la première partie, ch. 2, art. 5, par rapport au douaire de la femme, tous les différents cas dans lesquels il était dû ou non une indemnité à la femme pour les choses sujettes au douaire, qui avaient cessé d'exister ou d'y être sujettes, et nous avons vu en quoi devait consister cette indemnité. Tout ce que nous y avons dit peut s'appliquer au douaire des enfants; et on peut, dans les coutumes qui accordent aux enfants la propriété du douaire, établir pour principe, lorsque les choses sujettes au douaire ont cessé d'exister ou d'y être sujettes, que, dans tous les cas dans lesquels nous avons dit qu'il était dû une indemnité à la femme, il était dû aux enfants, pour leur indemnité, la même somme dont nous avons dit que la femme devait avoir la jouissance pour la sienne, de laquelle somme les enfants devaient avoir la propriété; sauf néanmoins que les compensations établies ci-dessus au n° 180, entre l'héritier du mari et la veuve qui est douairière et commune, n'ont pas lieu entre l'héritier du mari et les enfants douairiers, auxquels appartient la propriété du douaire, lorsque lesdits enfants ne sont pas héritiers de leur mère.

Par exemple, un homme propriétaire, avant son mariage, d'une rente de 100 livres, au principal de 2,000 livres, a reçu le rachat de cette rente pendant son mariage : l'héritier du mari doit faire raison à la femme douairière de cinquante livres par chacun an, pendant le temps que doit durer son douaire, pour la récompense de la moitié de l'usufruit de cette rente qu'elle en eût dû avoir. Si le mari, qui a reçu le rachat de cette rente, a acquitté des deniers de la communauté une rente de pareille somme que la femme devait, il se fera compensation de la récompense que l'héritier du mari doit à la femme, avec celle qu'elle lui doit pour le rachat de la rente qu'elle devait, qui a été fait des deniers de la communauté : mais si l'enfant douairier renonce à la succession de sa mère; n'étant pas en ce cas tenu des dettes de sa mère, on ne pourra, contre la somme de 1,000 livres qui lui est due pour le rachat fait à son père, de la rente qui était sujette à son douaire pour moitié, lui opposer aucune compensation de ce que son père a payé pour acquitter les dettes de sa mère.

ART. III. — Par quelle coutume doit-on décider si la propriété des choses sujettes au douaire coutumier de la femme, appartient aux enfants.

303. Les dispositions des coutumes qui concernent le douaire coutumier, étant, comme nous l'avons dit plusieurs fois, des statuts réels, lesquels, suivant la nature des statuts réels, exercent leur empire sur les héritages et droits immobiliers situés ou censés situés dans leur territoire, quelque part que soit le domicile de la personne à qui ils appartiennent; ce n'est point la coutume du lieu du domicile du mari, mais ce sont celles sur le territoire desquelles sont situés les héritages que le mari avait au temps des épousailles, et celles sur le territoire desquelles sont situés ceux qui lui sont advenus depuis en directe, qui doivent décider si les enfants doivent avoir la propriété du douaire que la femme a sur lesdits héritages.

C'est pourquoi, lorsqu'un homme se marie sans constituer aucun douaire préfix; quoiqu'il soit domicilié sous la coutume d'Orléans, ou sous quelque autre coutume qui ne donne point de douaire aux enfants, les enfants nés de ce mariage ne laisseront pas d'avoir le douaire coutumier dans les héritages qu'il avait au temps des épousailles, ou qui lui sont advenus de ses père, mère, ou autres parents de la ligne ascendante, pendant son mariage, si lesdits hé-

ritages sont situés dans le territoire de la coutume de Paris, ou de quelque autre coutume qui accorde la propriété du douaire coutumier aux enfants.

Vice versâ, lorsqu'un Parisien s'est marié sans contrat de mariage, quoiqu'il soit domicilié sous une coutume qui accorde la propriété du douaire aux enfants; si les héritages qu'il avait au temps des épousailles, et ceux qui lui sont advenus de ses père, mère ou autres parents de la ligne ascendante, sont situés dans le territoire de la coutume d'Orléans, ou d'autres qui n'accordent pas le douaire aux enfants, les enfants n'y auront aucun douaire.

Il en serait de même, s'il y avait un contrat de mariage, mais par lequel il ne serait pas parlé de douaire en aucune manière.— *Secùs*, s'il était dit que la femme aurait pour douaire le douaire coutumier. Voyez *infrà*, art. 5, § 2.

304. Les droits immobiliers qu'on a dans un héritage, ou par rapport à un héritage, sont censés avoir la même situation que l'héritage : les rentes constituées dues par le roi sont censées avoir une situation dans le lieu où est le bureau de paiement; les offices, dans le lieu où s'en fait l'exercice. En conséquence, les enfants ont ou n'ont pas le droit de douaire coutumier sur les biens de cette espèce que leur père avait au temps des épousailles, ou qui lui sont échus en directe, comme dit est, suivant que les coutumes où lesdits biens sont situés ou censés situés, accordent ou n'accordent pas douaire aux enfants.

305. A l'égard des autres rentes constituées, elles n'ont aucune situation : elles sont attachées à la personne à qui elles appartiennent, et sont en conséquence régies par la loi du lieu qui régit cette personne, c'est-à-dire par la loi du lieu de son domicile. C'est donc par la loi du domicile que l'homme avait lorsqu'il a contracté mariage, qu'on doit décider si les enfants qui en sont nés, doivent ou ne doivent pas avoir douaire dans les rentes qui lui appartenaient au temps des épousailles.

Si l'homme qui, lorsqu'il a contracté mariage, avait son domicile sous une coutume qui accorde aux enfants la propriété du douaire, transfère son domicile sous une coutume qui n'accorde pas de douaire aux enfants, les rentes constituées qui lui appartenaient au temps des épousailles, ou qui lui sont advenues en directe avant sa translation de domicile, continuent, nonobstant cette translation de domicile, d'être sujettes au douaire des enfants; car la loi qui les régissait, les ayant une fois affectées à ce douaire, l'homme n'a pu par son fait, en changeant de domicile, y donner atteinte.

306. A l'égard de celles qui ne lui sont échues de ses père ou mère que depuis sa translation de domicile sous une coutume qui n'accorde pas de douaire aux enfants, les enfants n'y pourront pas prétendre douaire; car la loi du domicile que le mari avait au temps de son mariage, n'a pu assujettir au douaire des enfants, ces rentes, qui n'ont jamais été soumises à son empire, n'ayant commencé à appartenir à leur père que depuis que leur père avait, par sa translation de domicile, cessé d'y être sujet.

Vice versâ, lorsqu'un homme qui avait, lorsqu'il a contracté son mariage, son domicile sous une coutume qui n'accorde pas de douaire aux enfants, a transféré son domicile sous une coutume qui accorde aux enfants la propriété du douaire, les rentes constituées qui lui appartenaient au temps des épousailles, et celles qui lui sont venues de ses père, mère, ou autres ascendants, avant sa translation de domicile, ne deviendront pas, par cette translation de domicile, sujettes à un douaire envers les enfants; car c'est au temps que se contracte le mariage, que se contracte l'obligation du douaire à l'égard des héritages ou rentes qui appartiennent à l'homme qui se marie : les rentes que le mari avait, n'ayant pas été affectées alors au douaire des enfants, comme étant alors régies par une coutume qui n'accorde pas de douaire aux enfants, elles ne peuvent pas y devenir affectées par la suite.

Pareillement, lorsqu'il échet au mari, pendant le mariage, une succession

de ses père, mère, ou autres ascendants, c'est au temps de l'échéance de la succession que se contracte l'obligation du douaire sur les héritages ou rentes de cette succession; celles qui n'ont pas été alors affectées au douaire des enfants, comme étant régies alors par une coutume qui ne leur accorde pas de douaire, ne peuvent pas devenir par la suite sujettes au douaire.

ART. IV. — Des charges du douaire coutumier.

307. Les héritages sujets au douaire coutumier des enfants, passent aux enfants douairiers avec toutes les charges réelles et foncières dont ils sont chargés, et qui sont antérieures au mariage.

Les enfants ne sont pas obligés de reconnaître celles qui n'ont été imposées sur lesdits héritages que depuis qu'elles ont été affectées au douaire, telles que seraient, par exemple, des servitudes que leur père, depuis son mariage, aurait imposées sur quelqu'un desdits héritages; car leur père n'a pu donner aucune atteinte au douaire, en imposant des charges sur les héritages qui y sont sujets.

308. A l'égard des rentes constituées, perpétuelles ou viagères, dont l'homme était débiteur lorsqu'il s'est marié; si les héritages et autres biens immeubles qu'il avait alors, étaient tous régis par la coutume de Paris ou par quelque autre coutume semblable, où le douaire est la moitié, et est propre aux enfants, le douaire coutumier des enfants sera chargé de la moitié desdits principaux de rente, de manière néanmoins que la douairière sera tenue d'en acquitter les arrérages pendant tout le temps de son usufruit.

Mais s'il n'y avait qu'une partie des héritages et autres biens immeubles que l'homme avait lorsqu'il s'est marié, qui fût régie par la coutume de Paris ou autre semblable, et que le surplus fût régi par des coutumes qui ne donnent pas aux enfants la propriété du douaire, il faudra faire une ventilation; et les enfants douairiers ne seront chargés des principaux desdites rentes passives, que pour la portion qu'ils se trouveront, par ladite ventilation, avoir dans la totalité desdits biens immeubles.

Par exemple, si la totalité des biens immeubles qu'un homme avait lorsqu'il s'est marié, montait à 100,000 livres, dont il y en eût seulement pour 40,000 livres sous la coutume de Paris, le surplus sous des coutumes qui n'accordent pas la propriété du douaire aux enfants, les enfants n'ayant pour leur douaire que la moitié de ceux régis par la coutume de Paris, laquelle moitié est de 20,000 livres, qui fait le cinquième de la totalité desdits biens, les enfants douairiers seront débiteurs pour un cinquième, des principaux de rentes dont leur père était débiteur au temps de son mariage.

309. A l'égard des dettes mobilières, quoiqu'antérieures au mariage, le douaire de la femme n'en étant pas chargé, comme nous l'avons vu *suprà*, celui des enfants ne l'est pas non plus.

310. Le douaire, soit de la femme, soit des enfants, n'est chargé d'aucunes dettes postérieures au mariage; car l'homme ayant, par le mariage, contracté l'obligation de conserver le douaire dans son intégrité, il n'a pu, par son fait, en contractant des dettes, y donner aucune atteinte.

311. S'il est échu à un homme pendant son mariage quelque succession en directe, dans les immeubles de laquelle ses enfants aient une portion pour leur douaire, ils seront tenus des dettes de cette succession, à proportion de la portion qu'ils y auront pour leur douaire.

ART. V. — En quoi consiste le douaire préfix ou conventionnel des enfants, et par quelle coutume doit-on décider si les enfants doivent avoir la propriété de ce douaire.

§ I. *En quoi consiste le douaire préfix ou conventionnel des enfants.*

312. Le *douaire préfix* ou *conventionnel* des enfants est, de même que leur douaire coutumier, le même douaire que celui de la femme, dont la femme a la jouissance, et dont ils ont la propriété.

De même donc que le douaire coutumier des enfants consiste dans la propriété de la portion des héritages et autres biens immeubles dont les coutumes assignent à la femme la jouissance pour son douaire, pareillement le douaire préfix ou conventionnel des enfants consiste dans la propriété des choses que la convention du contrat de mariage assigne pour le douaire de la femme.

C'est ce qui résulte de l'article 255 de la coutume de Paris, où il est dit : « Le douaire constitué par le mari, ses parents ou autres de par lui, est le « propre héritage aux enfants issus du mariage, pour d'icelui jouir incontinent « que douaire a lieu. »

Le sens de ces termes, *est le propre héritage aux enfants*, est que les enfants ont la propriété de ce qui a été constitué pour douaire, quelles que soient les choses dans lesquelles il a été constitué ; soit que ce soit en une somme d'argent, soit que ce soit en une rente dont le futur époux, ou ceux qui ont pour lui constitué le douaire, se sont rendus débiteurs ; ou en quelque chose que ce soit.

Observez sur ces termes de l'article, *est le propre héritage*, que le terme *héritage* n'y est pas pris pour *biens fonds*, ni pour *immeubles ;* car le douaire conventionnel ne consiste souvent que dans la créance d'une somme d'argent : mais ces termes, *propre héritage*, se prennent pour *biens en propriété*, qui sont comme *un patrimoine* des enfants, et qui leur tient lieu *de l'héritage* et de la succession de leur père à laquelle ils ont renoncé.

Au reste, lorsque le douaire consiste en une somme d'argent qui a été reçue par les enfants douairiers, cette somme d'argent est un pur meuble en la personne desdits enfants. La coutume de Paris, art. 257, s'en explique ; il y est dit : « Douaire d'une somme de deniers pour une fois payer, venue aux en- « fants, est réputé mobilier, et perd sa nature de douaire, et y succèdent les « plus proches héritiers mobiliers. »

313. Pour développer davantage en quoi consiste le douaire préfix ou conventionnel des enfants, nous parcourrons différents cas.

Premier cas. — Lorsqu'il est dit par le contrat de mariage, « *le douaire sera de la somme de tant*, *putà*, de la somme de 4,000 livres, » le douaire des enfants consiste en ce cas dans la propriété de cette somme, à la charge d'en laisser la jouissance à leur mère : cette somme doit en conséquence être, après la mort de l'homme, remise à sa veuve, pour par elle en jouir et en disposer, à la charge par elle de s'obliger envers ses enfants, de la leur rendre après sa mort.

Il n'importe que la clause du douaire soit conçue en ces termes, *le douaire sera de la somme de tant ;* ou en ces termes : *la femme sera douée de la somme de....* De quelque manière qu'elle soit conçue, la propriété de la somme doit appartenir aux enfants pour leur douaire.

Quand même il serait dit, « le douaire sera de la somme de tant *en usufruit ;* » ces termes, *en usufruit*, n'empêchent pas que les enfants n'aient droit d'avoir en ce cas pour leur douaire la propriété de cette somme : ces termes, *en usufruit,* ne concernent que le douaire de la femme. Les parties, par ces termes, n'ont voulu dire autre chose, sinon que la femme n'aurait pour son douaire que l'usufruit de cette somme, et que, dans le cas auquel il n'y aurait pas lieu

au douaire des enfants, elle serait tenue de la rendre après sa mort aux héritiers du mari.

Quid, s'il était dit que « la future épouse serait douée de la somme de tant, sans retour, ou en propriété » ?

Cette question est traitée *suprà*, n°296 : nous y renvoyons.

314. Le second cas est, lorsque le douaire préfix ou conventionnel est constitué dans une rente dont le mari, ou ceux qui ont constitué le douaire pour lui, se rendent débiteurs; comme lorsqu'il est dit, « la future épouse sera douée de tant de rente, ou de tant de pension viagère par chacun an » ; le douaire des enfants consiste en ce cas dans la propriété de cette rente, qui, quoique qualifiée *viagère* par rapport à la femme, est une *rente perpétuelle* vis-à-vis des enfants qui en sont créanciers contre la succession du mari, ou contre ceux qui ont constitué ce douaire pour lui; de manière néanmoins que les arrérages n'en courent au profit des enfants qu'après l'extinction de l'usufruit de la veuve, qui en doit jouir pendant sa vie.

315. Lorsque les parties se sont expliquées par le contrat de mariage sur le rachat de cette rente, on doit suivre à cet égard la convention.

Par exemple, s'il est dit « que le douaire sera de 1,000 livres de rentes, rachetable de 20,000 livres, ou au principal de 20,000 livres, » il ne peut guère être douteux que le rachat peut s'en faire pour cette somme, même du vivant de la douairière ; et en ce cas ce rachat doit se faire tant aux enfants qu'à la femme ; et les deniers du rachat doivent rester entre les mains du notaire jusqu'à ce qu'on trouve à en faire un emploi en d'autres rentes, dont la douairière aura pareillement l'usufruit, et les enfants la propriété.

316. Lorsque les parties ne se sont pas expliquées sur le rachat, on convient assez qu'on la doit présumer constituée sous la faculté de rachat, et que le rachat peut en être fait au moins après la mort de la douairière. On a fait la question, s'il pouvait être fait même du vivant de la douairière ?

Les raisons de douter sont, que le douaire étant accordé à la femme pour ses aliments et sa subsistance, il ne doit être susceptible d'aucune interruption; or, si le rachat de la rente dont la femme jouit pour son douaire, pouvait se faire de son vivant, son douaire souffrirait interruption pendant le temps qui serait nécessaire pour trouver à faire un emploi des deniers du rachat. On ajoute que la rente dont la femme jouit pour son douaire, est, vis-à-vis d'elle, une rente viagère : or les rentes viagères ne sont pas rachetables.

Nonobstant ces raisons, les arrêts ont jugé que le rachat de la rente pouvait se faire, même du vivant de la douairière. Il est faux en ce cas que la rente dont jouit la douairière, soit une rente viagère : elle ne jouit pas d'une rente différente de celle dont les enfants sont créanciers ; or celle dont les enfants sont créanciers, est une rente perpétuelle, qui est présumée créée sous la faculté du rachat.

317. On a fait une autre question, de savoir si le rachat devait s'en faire au taux des rentes constituées qui avait lieu au temps du contrat de mariage, ou au taux qui a lieu au temps du décès du mari ?

Par exemple, si par un contrat de mariage entre Parisiens, passé dans un temps où le taux des rentes était le denier vingt, il a été dit simplement « que le douaire serait de cent pistoles de rente » ; le taux des rentes se trouvant, au temps du décès du mari, réduit au denier vingt-cinq, suffit-il de faire le rachat sur le taux du denier vingt en payant une somme de 20,000 livres ? ou le rachat ne peut il plus se faire que de la somme de 25,000 livres, qui est le taux du denier vingt-cinq ?

Renusson, en son *Traité du Douaire*, ch. 4, n° 38, cite deux arrêts (des 21 octobre 1670 et 24 mai 1672) par lesquels il prétend avoir été jugé que le rachat devait se faire suivant le taux qui avait lieu au temps du décès du mari ; parce que ce n'est que de ce temps que la rente a commencé d'exister. L'opinion de ceux qui pensent que le rachat doit se faire suivant le taux qui avait lieu au

temps du contrat de mariage, me paraît plus conforme aux principes. C'est au temps du contrat de mariage que se contracte le douaire ; c'est au temps du mariage et par le contrat de mariage qu'a été constituée la rente dans laquelle consiste le douaire. Les parties étant présumées, en constituant cette rente, être tacitement convenues d'une faculté de rachat, sont aussi présumées être convenues de cette faculté, suivant le taux qui était alors en usage : car c'est un principe, que, lorsqu'on contracte, on est censé contracter suivant ce qui est d'usage au temps du contrat.

On trouve au 4e tom. du *Journal des Audiences*, un arrêt du 27 mars 1691 (liv. 6, ch. 19) qui a jugé, conformément à notre opinion, que le rachat d'une rente constituée pour douaire, pouvait être fait au taux des rentes qui avait lieu au temps du contrat de mariage.

318. Le troisième cas est, lorsque par le contrat de mariage on a assigné à la femme pour son douaire préfix la jouissance d'un certain héritage. En ce cas, le douaire des enfants est la propriété de cet héritage ; et cet héritage, passant, lors de l'ouverture du douaire, de la personne du père à celle de ses enfants à titre de douaire, qui est un titre qui leur tient lieu de succession, est un propre paternel en la personne desdits enfants.

§ II. *Par quelle coutume doit-on décider si le douaire préfix de la femme doit être propre aux enfants.*

319. Il n'y a lieu à cette question que lorsque les parties ne s'en sont pas expliquées par le contrat de mariage. S'il est porté par le contrat de mariage «que le douaire sera propre aux enfants», il n'est pas douteux en ce cas que les enfants qui naîtront du mariage, doivent avoir un douaire, qui doit consister dans la propriété des choses qui ont été assignées pour celui de la femme, en quelque lieu que fût le domicile des parties, et en quelque lieu que fussent situés leurs biens.

Contrà, vice versâ, s'il est dit par le contrat de mariage « que le douaire sera personnel à la femme, et qu'il ne pourra être prétendu par les enfants » ; en ce cas, en quelque lieu que fût le domicile des parties, et en quelque lieu que leurs biens soient situés, les enfants qui naîtront du mariage n'auront aucun douaire à prétendre.

Pareillement, lorsqu'il est porté par le contrat de mariage, « que le douaire sera réglé suivant une *telle* coutume » ; ou même si, sans parler de douaire, il est dit en termes généraux « que les parties entendent se marier suivant une *telle* coutume » ; ou s'il est dit « qu'ils se soumettent à une *telle* coutume » ; dans ces cas, en quelque lieu que fût le domicile des parties, en quelque lieu que soient situés leurs biens, la propriété du douaire appartiendra aux enfants, si la coutume à laquelle se sont soumises les parties, la leur accorde ; et au contraire les enfants n'auront aucun douaire à prétendre, si la coutume à laquelle se sont soumises les parties, ne leur en accorde aucun.

Lorsqu'il est seulement dit par le contrat de mariage, « que la communauté sera régie par une *telle* coutume », cette clause ne s'étend pas au douaire, le douaire étant quelque chose qui n'a rien de commun avec la communauté.

320. Lorsque les parties ne se sont pas expliquées sur le douaire des enfants, et que le contrat de mariage ne contient pas de soumission à une certaine coutume, c'est le cas auquel il y a lieu à la question de savoir par quelle coutume on doit décider si les enfants doivent avoir la propriété du douaire préfix ou conventionnel qui a été constitué par le contrat de mariage.

On doit suivre en ce cas la coutume du lieu où était le domicile de l'homme au temps du contrat de mariage. La raison est que le douaire préfix ou conventionnel étant formé par la convention, il doit être de la qualité dont les parties sont convenues : or les parties qui contractent étant censées suivre dans leurs conventions les coutumes et usages de leur pays, tant qu'elles ne s'expliquent pas du contraire, les parties qui conviennent d'un douaire par leur contrat de

mariage, sont censées convenir du douaire, de la qualité dont est le douaire par la coutume sous laquelle elles vivent; par conséquent d'un douaire propre aux enfants, si elles sont domiciliées sous une coutume où le douaire est propre aux enfants; ou d'un douaire personnel à la femme, si elles sont domiciliées sous une coutume où le douaire est personnel à la femme.

Lorsque l'homme et la femme qui contractent mariage, ont leur domicile sous différentes coutumes, c'est celle du domicile de l'homme, où il doit emmener sa femme après le mariage, qui règle leurs conventions matrimoniales, et qui règle par conséquent la qualité du douaire conventionnel : mais si l'homme s'était marié dans le dessein de fixer son domicile dans le lieu du domicile de sa femme, il serait censé avoir abdiqué le sien, et choisi celui-ci ; et ce serait la coutume de celui-ci qui réglerait leurs conventions matrimoniales, et la qualité du douaire conventionnel. *Voy.* notre *Traité de la Communauté*, nos 14, 15, 16.

Quand même, par la convention de douaire entre des parties domiciliées sous une coutume où le douaire est propre aux enfants, » il n'aurait été parlé que de la femme; comme s'il était dit « que la femme serait douée de *tant* de rente viagère », sans dire un mot des enfants; les parties ne laisseraient pas d'être censées convenues d'un douaire propre aux enfants.

Il faut, pour qu'elles soient censées être convenues d'un douaire personnel à la femme, qu'il soit dit expressément « qu'il sera personnel à la femme, et ne passera pas aux enfants. » C'est un des points jugés par un arrêt du 8 août 1758. Il y était question du douaire porté au contrat de mariage du marquis de Nesle. Le douaire était accordé à la future, sans qu'il fût dit un mot des enfants, et assigné à prendre sur une terre située sous la coutume de Troyes, qui ne donne pas de douaire aux enfants. Nonobstant cela, l'arrêt jugea que le douaire était propre aux enfants, par cela seul que les parties contractantes étaient domiciliées sous la coutume de Paris.

Je vais plus loin. Quand même, par le contrat de mariage de personnes domiciliées sous une coutume où le douaire est propre aux enfants, on aurait accordé à la femme pour douaire l'usufruit d'une terre située sous une coutume où le douaire est personnel à la femme, ce douaire ne laissera pas d'être propre aux enfants : car le douaire n'étant pas accordé par la loi, mais par la convention, ce n'est pas la loi sous l'empire de laquelle est l'héritage, mais c'est la convention qui en doit régler la qualité; or les parties, en convenant d'un douaire, sont censées être convenues d'un douaire de la qualité et tel qu'il est dans leur pays, et par conséquent d'un douaire propre aux enfants.

Il y a plus : quand même il serait porté par le contrat de mariage de personnes domiciliées sous une coutume où le douaire est propre aux enfants, « que la future épouse serait douée du douaire coutumier »; ce douaire, quoiqu'appelé *douaire coutumier* par le contrat de mariage, ayant été convenu par le contrat de mariage, est un *douaire conventionnel*, dont la qualité doit se régler par la coutume du lieu du domicile des parties contractantes, et par conséquent être propre aux enfants, même à l'égard des biens situés sous des coutumes où le douaire est personnel à la femme.

Les parties, en convenant que la future épouse aurait le douaire coutumier, sont censées s'en être rapportées aux coutumes sous lesquelles les biens de l'homme sont situés, pour régler la quantité du douaire, c'est-à-dire, les choses qui seraient sujettes au douaire, et la portion pour laquelle elles y seraient sujettes ; mais non pour en régler la qualité.

Lorsqu'un homme avait son domicile, lors du contrat de mariage, sous une coutume où le douaire est propre aux enfants, l'obligation du douaire préfix étant contractée par le contrat de mariage envers les enfants, au cas que douaire ait lieu; quand même l'homme aurait depuis transféré son domicile sous une coutume qui n'accorde pas de douaire aux enfants, et y serait mort, les enfants n'en auront pas moins la propriété de ce douaire : car, quoique ce soit la mort de l'homme qui donne ouverture au douaire, ce n'est pas néanmoins

au temps de la mort, mais c'est par le contrat de mariage que se contracte l'obligation du douaire, à laquelle l'homme n'a pu depuis donner aucune atteinte par son fait, en changeant de domicile.

Vice versâ, si l'homme, lors de son contrat de mariage, avait son domicile sous une coutume qui n'accorde aucun douaire aux enfants, telle qu'est celle d'Orléans; quoiqu'il ait depuis transféré son domicile à Paris, et qu'il y soit mort, les enfants ne peuvent prétendre la propriété du douaire préfix constitué par le contrat de mariage; car ce n'est que par contrat de mariage que se contracte l'obligation du douaire: la convention du douaire ayant été régie par la coutume d'Orléans, qui n'accorde aucun douaire aux enfants, les enfants ne peuvent prétendre aucun douaire.

Art. VI. — En quoi doit consister le douaire préfix des enfants, lorsqu'on a laissé à la femme le choix de deux choses pour le sien.

321. Lorsqu'un homme domicilié sous la coutume de Paris, ou sous quelque autre semblable, a, par son contrat de mariage, donné à sa femme, pour son douaire, le choix de deux choses, *putà*, « de l'usufruit d'un certain héritage, ou de cent pistoles de rente », le douaire des enfants dépend en ce cas du choix que la femme fera. Si elle choisit pour son douaire l'usufruit de cet héritage, les enfants auront pour leur douaire la propriété de ce même héritage; et si au contraire elle choisit la rente, les enfants, pour leur douaire, auront la propriété de cette rente.

C'est une suite de notre principe que le douaire des enfants est le même que celui de la femme, dont les enfants ont la propriété, et la femme l'usufruit. Il ne peut donc consister que dans la propriété de la même chose que la femme a choisie pour son douaire.

322. De là naît une question. Un Parisien, par son contrat de mariage, a accordé pour douaire à sa femme cent pistoles de rente pendant sa vie, si mieux elle n'aimait le douaire coutumier. Après la mort du mari, la veuve a choisi le douaire coutumier. Les héritages sujets à ce douaire sont tous situés sous la coutume d'Orléans, qui n'accorde pas un douaire aux enfants: les enfants auront-ils en ce cas un douaire?

Auzanet tient la négative. Ses raisons paraissent assez spécieuses. Les enfants, dit-il, ne peuvent pas avoir pour douaire la propriété de la rente de cent pistoles; car cette rente n'étant pas le douaire de la femme, au moyen du choix qu'elle a fait du coutumier, ne peut être celui des enfants, étant de l'essence du douaire des enfants, qu'il soit la propriété des mêmes choses dont la femme a la jouissance pour le sien. Les enfants ne peuvent pas non plus, dit cet auteur, demander la propriété du douaire coutumier que la femme a choisi, les héritages qui les composent étant régis par une coutume qui n'accorde pas de douaire aux enfants.

Je pense, au contraire, que les enfants doivent avoir en ce cas, pour douaire, la propriété de la portion des héritages dont la femme jouissait en usufruit. La raison est, que ce Parisien, en constituant un douaire préfix d'une rente de cent pistoles, dont les enfants auraient eu la propriété, si la femme l'eût choisi, a par là témoigné que son intention était que les enfants eussent un douaire. Il n'a pas intention, en laissant à sa femme le choix du douaire coutumier, de changer par là la condition des enfants par rapport au douaire; tout ce qu'il a voulu en accordant ce choix à sa femme, est que le douaire qu'il lui donnait, ne fût pas moindre que ce qu'elle aurait eu de la loi. Il a voulu, pour cet effet, que si au temps de l'ouverture du douaire, le douaire coutumier excédait la rente de cent pistoles qu'il lui constituait pour douaire, elle pût choisir le douaire coutumier. La femme qui choisit en ce cas le douaire coutumier, le tient plutôt de son mari, qui lui en a accordé le choix, que de la loi. Ce douaire qu'elle choisit, n'est le douaire coutumier que quant à la substance, en ce qu'il

est composé des mêmes choses que celui que la coutume défère; mais il n'a pas la qualité qu'a celui que la coutume défère, d'être personnel à la femme, et de ne pas passer aux enfants: il est, quant à sa qualité, douaire conventionnel, et propre aux enfants.

323. Lorsqu'un Parisien a accordé purement et simplement un douaire de cent pistoles de rente à sa femme; si les biens de ce Parisien, sujets au douaire coutumier, sont situés sous une coutume qui accorde à la femme qui a un douaire préfix, le choix du coutumier, et qui n'accorde pas de douaire aux enfants; la femme ayant dans ce cas choisi le douaire coutumier, les enfants ne paraissent pas être fondés à en prétendre la propriété, quoiqu'ils eussent eu celle du douaire de cent pistoles de rente, si leur mère l'eût choisi. Les raisons employées en faveur des enfants dans l'espèce précédente, ne militent plus dans celle-ci. La femme ne tient pas, dans cette espèce, le choix qu'elle avait du douaire coutumier qu'elle a choisi, de la constitution de douaire portée au contrat de mariage, qui n'en contient aucun, mais de la loi qui lui a accordé ce choix: le douaire coutumier qu'elle a choisi en conséquence, ne peut passer pour un véritable douaire coutumier qu'elle tient de la loi, et qui a par conséquent la qualité que lui donne la loi qui le lui défère, je veux dire, d'être un douaire personnel à la femme, qui ne passe pas aux enfants.

324. Dans les coutumes où le douaire est propre aux enfants, lorsque par la constitution de douaire portée au contrat de mariage, on a donné à la femme le choix de deux choses, *putà*, « de cent pistoles de rente, ou de la jouissance d'une certaine terre »; ou bien « de cent pistoles de rente, ou du douaire coutumier »; si le douaire défaillit en la personne de la femme par son prédécès, ou si, ayant été ouvert au profit de la femme, elle est morte depuis, avant que d'avoir fait son choix, ce choix passe aux enfants. Les enfants doivent en ce cas s'accorder sur ce choix. L'opinion de Duplessis, qui pense que dans ce cas l'un des enfants peut choisir sa part dans l'une des choses dont on a donné le choix, et l'autre enfant sa part dans l'autre chose, paraît contraire au principe sur les créances alternatives, qui ne permet pas que le choix puisse être fait autrement que de l'une ou de l'autre chose en entier, et non pas de partie de l'une et de partie de l'autre [1]; comme nous l'avons remarqué en notre *Traité des Obligations*, n° 247, conformément à la loi 8, § 2, ff. *de Legat.* 1°.

Quid, s'ils ne pouvaient s'accorder, l'un persistant toujours à choisir l'une des choses dont ils ont le choix, et l'autre à choisir l'autre, doit-on dire que le choix doit être, en ce cas, référé à l'héritier débiteur de ce douaire alternatif?

Je pense qu'il y aurait de l'inconvénient à référer en ce cas le choix à l'héritier du mari; cela pourrait donner lieu à des fraudes. Lorsqu'il y a une grande inégalité de valeur entre les deux choses dont les enfants ont le choix, l'héritier pourrait colluder avec l'un des enfants au préjudice de l'autre, en donnant sous main quelque chose à l'un des enfants pour choisir la chose la moins précieuse. C'est pourquoi je pense que dans ce cas, lorsqu'ils sont plusieurs enfants qui ne s'accordent pas sur le choix qu'ils ont à faire, on doit faire prévaloir l'avis du plus grand nombre; et que s'ils sont entre eux partagés d'avis, le juge les doit renvoyer par-devant des arbitres, pour en passer par le choix que les arbitres auront jugé être le plus avantageux [2].

---

[1] *V.* art. 1191, C. civ.

Art. 1191: « Le débiteur peut se libérer en délivrant l'une des deux « choses promises; mais il ne peut pas « forcer le créancier à recevoir une « partie de l'une et une partie de « l'autre. »

[2] Cette décision est bien préférable à celle donnée par Justinien dans un cas analogue: suivant lui c'est le sort qui déterminera celui qui aura droit de choisir: *fortunam esse hujus optionis judicem, et sorte hoc esse dirimendum, ut ad quem sors veniat, illius sententia in optione praecellat.* Inst. *de Leg.*, § 23.

325. On doit pareillement entrer dans l'examen du *quid utilius*, lorsque l'enfant qui avait pour son douaire le choix d'une somme d'argent ou du douaire coutumier, est mort après l'ouverture du douaire, sans avoir fait son choix, et a laissé des héritiers qui ont, par rapport au choix de ce douaire, des intérêts opposés; comme lorsqu'il a laissé pour son héritière au mobilier, son aïeule maternelle, qui a intérêt que le choix tombe sur le douaire de la somme d'argent, parce qu'elle y succéderait comme héritière au mobilier; et d'un autre côté, des héritiers aux propres paternels, qui ont intérêt que le choix tombe sur le douaire coutumier, lequel consiste en héritages qui sont propres paternels de cet enfant.

CHAPITRE II.

Quand et comment se contracte l'obligation du douaire des enfants, quand est-il ouvert, et comment en sont-ils saisis.

§ Ier. *Quand et comment se contracte l'obligation du douaire des enfants.*

326. L'obligation du douaire coutumier, soit des enfants, soit de la femme, se contracte lors du mariage et par le mariage. C'est du jour du mariage, comme nous l'avons déjà vu en la première partie, chap. 3, art. 1, par rapport au douaire de la femme, que tous les héritages et autres immeubles que l'homme avait alors, et qui sont régis par des coutumes où le douaire est propre aux enfants, deviennent affectés au douaire, soit des enfants, soit de la femme; de manière que dès lors il n'est plus permis au mari d'aliéner ni d'obliger la portion dont les enfants doivent avoir pour leur douaire la propriété, et la femme la jouissance, ni y donner atteinte en quelque manière que ce soit.

A l'égard des héritages et autres immeubles régis par lesdites coutumes, qui viennent pendant le mariage au mari, de ses père, mère et autres parents de la ligne directe ascendante, ils sont, aussitôt qu'il y a succédé, affectés au douaire, soit des enfants, soit de la femme.

A l'égard du douaire préfix ou conventionnel, lorsqu'il est propre aux enfants, c'est par le contrat de mariage que se contracte l'obligation de ce douaire; c'est de ce jour que le mari devient débiteur des choses dans lesquelles il est constitué, soit envers la femme pour l'usufruit, soit envers les enfants pour la propriété, en cas que douaire ait lieu, et que, lors de son ouverture, les enfants se trouvent habiles à le recueillir.

§ II. *Quand le douaire des enfants est-il ouvert?*

327. Quoique l'obligation du douaire se contracte dès le temps du mariage, néanmoins le douaire des enfants, de même que celui de la femme, n'est ouvert qu'au temps de la mort de leur père. Tant qu'il vit, il ne résulte de l'obligation qu'un droit informe qui avorte et défaillit lorsque les enfants viennent à mourir avant leur père.

De là il suit, 1° que les enfants qui meurent du vivant de leur père, ne transmettent rien du douaire dans leur succession.

328. De là il suit, 2° que le décret qui serait fait du vivant du père, d'un héritage sujet au douaire, par des créanciers postérieurs au mariage, ne peut purger le douaire; car ce qui n'est pas encore né, ne peut être purgé: mais aussitôt que le douaire est ouvert par la mort du père, le décret purge le douaire.

Un décret d'héritages sujet à un douaire ayant été mis à chef, après la mort du père, à la vérité, mais pendant que les enfants étaient encore dans les délais que l'ordonnance leur accorde pour délibérer sur la qualité qu'ils ont à prendre, on a élevé la question de savoir si le décret avait purgé le douaire ?

Denisart (v° *Douaire*, n° 63) rapporte un arrêt du 13 décembre 1758, qui a jugé pour l'affirmative. La raison est, qu'aussitôt que le douaire a été ouvert par la mort du père, les enfants ont pu s'opposer pour la conservation de leur droit qui leur était déféré, sans préjudice des qualités qu'ils auraient à prendre.

Le sceau des provisions d'un office hypothéqué à un douaire a plus d'effet que le décret. Lorsque les provisions ont été scellées sans charge de douaire, quoique le douaire ne fût pas encore ouvert, le pourvu de l'office ne peut être troublé ni par la veuve, ni par les enfants-douairiers, parce qu'il est censé tenir l'office, non de celui qui le lui a vendu, mais du roi. C'est ce qui a été jugé par arrêt du 11 juillet 1702, rapporté au cinquième tome du *Jounal des Audiences* (liv. 2, ch. 34).

Du principe que le douaire n'est ouvert que du jour de la mort du père, naît aussi la conséquence qu'en a tirée l'art. 117 de la coutume de Paris : « En ma-« tière de douaire, la prescription commence à courir du jour du décès du mari « seulement, entre âgés et non privilégiés. »

Il y en a qui ont prétendu que le temps de la prescription contre les enfants douairiers et majeurs, ne commençait pas toujours à courir du jour de la mort de leur père, mais qu'il fallait encore attendre la mort de leur mère qui avait survécu, lorsque leur mère s'était obligée avec leur père à la garantie des héritages sujets au douaire, que leur père a vendus ; ou lorsque ces héritages avaient été donnés en paiement de dettes postérieures au mariage, contractées solidairement par leur père et par leur mère ; parce qu'en ces cas, disent-ils, les enfants ont été empêchés d'agir contre les détenteurs, par la crainte d'exposer leur mère à une action de garantie.

On cite quelques anciens arrêts pour cette opinion : elle a été rejetée avec raison par les arrêts les plus récents. Denisart (v° *Douaire*, n°s 61 et 62) en rapporte trois, l'un du 11 août 1711, le second du 24 juillet 1727, et le troisième du 4 mars 1735, qui ont jugé que le temps de la prescription contre l'action que des enfants douairiers avaient contre les détenteurs d'héritages sujets à leur douaire, vendus par leurs père et mère, avait commencé à courir dès l'instant de la mort de leur père, quoique leur mère, contre qui l'action réfléchissait, eût survécu longtemps depuis. Des enfants douairiers majeurs ne sont pas dans une assez grande dépendance de leur mère, pour qu'on puisse dire qu'ils ont été, pendant la vie de leur mère, dans l'impuissance d'intenter leurs actions qui réfléchissaient contre elle : si, par égard pour elle, ils n'ont pas voulu les intenter, il n'en est pas moins vrai qu'il était en leur pouvoir de le faire ; ce qui suffit pour faire courir le temps de la prescription.

329. Le douaire des enfants n'étant ouvert que par la mort de leur père, le fait de la mort de leur père est un fait que les enfants sont tenus de justifier lorsqu'ils demandent leur douaire. C'est pourquoi, dans les cas d'une longue absence de leur père, étant incertain s'il est vivant ou mort, les enfants peuvent bien demander à être mis en possession des biens de leur père, comme ses héritiers présomptifs ; mais ils ne peuvent demander contre les créanciers qui les auraient saisis, la délivrance de leur douaire dans lesdits biens, faute de pouvoir prouver le fait de la mort de leur père, qui doit servir de fondement à cette demande.

Si, par le rapport de l'extrait baptistaire de leur père, ils justifiaient qu'il s'est écoulé cent ans depuis la naissance de leur père, on devrait présumer en ce cas la mort de leur père et le douaire ouvert. Cette présomption est établie par les lois romaines, qui ont regardé le temps de cent ans comme le plus long terme de la vie des hommes : *Spatium centum annorum finis vitæ longissi-*

mum est; L. 8, ff. *de Usufr. legat.* Quoique quelques hommes, dont le nombre est infiniment petit, passent ce terme, il suffit que communément la vie des hommes n'aille pas au delà de ce terme, pour qu'un homme doive être, au bout de ce terme, présumé mort. Les présomptions se forment *ex eo quod plerumquè accidit*, comme l'observe Cujas, *in Parat. ad tit. de Probat. et Præsumpt.*

330. Sur la question, si la mort civile donne ouverture au douaire, *V.* ce qui en a été dit en la première partie, n° 155.

331. L'effetde l'ouverture du douaire est que, dès l'instant de la mort du père, qui y donne ouverture, le droit est acquis aux enfants qui le transmettent dans leur succession, quand même ils mourraient avant que de s'être expliqués sur la qualité qu'ils veulent prendre d'héritiers ou de douairiers : car la condition de renoncer à la succession du père pour avoir le douaire, n'est pas une condition suspensive qui suspende l'ouverture du douaire; c'est plutôt *lex faciendi*, que les héritiers ou autres successeurs universels de l'enfant, qui succèdent au droit de douaire qui lui a été acquis, peuvent acccomplir en renonçant de son chef à la succession du père. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du 1er septembre 1678, rapporté au *Journal du Palais* (t. 1er, p. 953).

Il résulte de ce que nous venons de dire, que Laurière a donné une mauvaise interprétation à l'art. 255 de la coutume de Paris, où il est dit : « Le « douaire constitué par le mari.... est le propre héritage aux enfants, pour « d'icelui jouir après le trépas de père et mère, *incontinent* que douaire a « lieu. » Laurière, en sa note, dit que ces termes, *incontinent que douaire a lieu*, signifient incontinent que les enfants ont renoncé à la succession de leur père; car, dit-il, le douaire n'a lieu et n'appartient aux enfants que quand ils se sont abstenus de la succession de leur père.

Il faut dire, au contraire, que ces termes, *incontinent que douaire a lieu*, signifient, incontinent la mort du père; car, suivant ce que nous venons de dire, et suivant ce qui a été jugé par l'arrêt que nous venons de rapporter, le douaire est ouvert, et le droit en est acquis aux enfants, du jour de la mort de leur père, à la charge par eux, ou par ceux qui sont à leurs droits, de renoncer à sa succession.

§ III. *Comment les enfants sont-ils saisis de leur douaire?*

332. L'art. 256 de la coutume de Paris, qui a été déjà rapporté ci-dessus, n° 159, dit : « Douaire, soit coutumier ou préfix, saisit, sans qu'il soit besoin « de le demander en jugement. » La coutume ne fait à cet égard aucune distinction entre la femme et les enfants; par conséquent, dans la coutume de Paris et dans les autres coutumes semblables, de même que la femme est censée saisie de plein droit, dès l'instant de la mort de son mari, de la jouissance des choses qui forment et composent le douaire, pareillement les enfants sont censés saisis dès lors de la propriété desdites choses.

Par exemple, lorsque le douaire est le douaire coutumier, les enfants sont censés saisis et devenus propriétaires et possesseurs, dès l'instant de la mort de leur père, de la portion indivise qui leur appartient pour leur douaire, dans les héritages sujets à ce douaire, sans qu'ils aient besoin d'en demander aucune délivrance; et si leur mère, qui en doit avoir la jouissance lorsqu'elle survit à son mari, était prédécédée, tous les fruits nés et perçus depuis le décès de leur père, appartiendraient auxdits enfants douairiers, pour la portion qu'ils ont dans lesdits héritages.

Pareillement, lorsque le douaire est le douaire préfix d'un certain héritage dont on a donné la jouissance à la femme pour son douaire par le contrat de mariage, les enfants douairiers sont censés pareillement avoir été saisis de plein droit, et devenus propriétaires et possesseurs de cet héritage, dès l'instant de la mort de leur père.

Il suit de là que, lorsqu'un enfant se met, après la mort de son père, en

possession d'un héritage sujet à son douaire, sans déclarer si c'est en qualité d'héritier ou en celle de douairier qu'il s'en met en possession, il ne fait point acte d'héritier; car l'art. 317 de la coutume de Paris, qui dit que celui qui appréhende les biens d'un défunt fait acte d'héritier, ajoute, *sans avoir autre qualité ou droit de prendre lesdits biens*; or, l'enfant, qui avait le choix de la qualité d'héritier ou de celle de douairier, lorsqu'il s'est mis en possession des héritages sujets à son douaire, avait une autre qualité que celle d'héritier, qui lui donnait le droit de s'en mettre en possession, savoir, celle de douairier : on ne peut donc pas dire qu'il ait fait acte d'héritier en s'en mettant en possession.

Observez, comme nous l'avons déjà dit en la première partie, par rapport au douaire de la femme, que les enfants, ne peuvent être ainsi saisis de plein droit que des héritages sujets à leur douaire, que leur père a laissés à son décès. A l'égard de ceux qu'il a aliénés de son vivant, ils ne peuvent pas en être saisis dès l'instant de la mort de leur père, qui n'a pas pu leur transmettre à sa mort une possession qu'il n'avait plus lui-même ; ils ne peuvent en devenir possesseurs que par le délaissement qui leur en sera fait par le détenteur, sur la demande qu'ils intenteront contre lui.

333. Lorsque le douaire préfix consiste dans une certaine somme d'argent ou une certaine rente, les enfants douairiers sont censés pareillement en avoir été saisis, et être devenus créanciers de cette somme, ou du fonds de cette rente, dès l'instant du décès de leur père ; et les arrérages de cette rente, aussi bien que les intérêts de cette somme, si elle n'avait pas encore été délivrée, courraient de plein droit au profit des enfants aussitôt après le décès de leur mère, qui en doit avoir la jouissance pendant sa vie ; et si elle était prédécédée, ils courraient au profit des enfants, du jour du décès de leur père.

334. Dans les coutumes qui ne saisissent pas de plein droit la femme de son douaire, les enfants douairiers ne le sont pas non plus ; ils n'ont, de même que la femme, qu'une action pour le demander, laquelle action ils peuvent intenter contre les héritiers de leur père, ou le curateur à sa succession vacante, après qu'ils auront renoncé à sa succession pour prendre la qualité de douairiers.

Tout ce que nous avons dit sur cette matière, par rapport au douaire de la femme, en la première partie, chap. 3, art. 3, reçoit application au douaire des enfants. Nous y renvoyons, pour ne pas répéter.

CHAPITRE III.

Des actions auxquelles donne lieu le douaire des enfants, lorsqu'il est ouvert.

ART. Ier. — Des actions auxquelles donne lieu le douaire coutumier des enfants, lorsqu'il est ouvert.

335. Le douaire coutumier des enfants, lorsqu'il est ouvert, donne lieu à l'action *communi dividundo*, qu'ont les enfants douairiers contre les héritiers de leurs père, ou le curateur à sa succession vacante, et que lesdits héritiers ou curateur ont respectivement contre lesdits enfants douairiers, pour être procédé entre eux au partage des héritages sujets à ce douaire.

La femme, lorsqu'elle a survécu à son mari, devant avoir l'usufruit de la portion dans lesdits héritages, qui appartient à ses enfants, doit intervenir avec eux à ce partage.

336. Les parties ont quelquefois des raisons respectives à se faire à ce partage.

Les héritiers du père, ou le curateur à sa succession vacante, en ont à faire aux enfants douairiers, dans les cas suivants :

1° Lorsque le père, de son vivant, a reçu le rachat de quelque rente sujette au douaire, ou a été obligé d'aliéner, pour quelque cause d'utilité publique, quelque héritage sujet au douaire, la succession du père est tenue de faire raison aux enfants douairiers, des deniers du rachat de la rente, et du prix de l'héritage, pour la même portion que lesdits enfants douairiers auraient eue dans la rente, si elle n'eût pas été rachetée, et dans l'héritage, s'il n'eût pas été aliéné.

2° La succession du père est tenue de faire raison aux enfants douairiers, pour les parts qu'ils ont dans les biens sujets au douaire, des sommes qu'il a reçues dans les cas qui sont rapportés ci-dessus, aux nombres 80, 81, 82.

3° Lorsque le père a, par sa faute, laissé perdre quelqu'une des choses sujettes au douaire, sa succession doit faire raison aux douairiers, du prix de cette chose, pour la portion qui leur en aurait appartenu.

4° Enfin, lorsque le père, de son vivant, a fait des dégradations dans quelque héritage sujet au douaire, sa succession doit faire raison aux enfants douairiers, de l'estimation de ces dégradations, pour la portion que les enfants douairiers ont dans l'héritage.

337. Observez, à l'égard de ces dégradations, une différence entre la femme douairière et les enfants. La femme douairière n'ayant que l'usufruit de la portion qu'elle a dans les héritages sujets au douaire, on ne lui fait raison que des dégradations qui ont apporté quelque diminution au revenu de l'héritage : on ne lui en doit faire aucune pour celles qui n'ont apporté aucune diminution au revenu de l'usufruit; comme lorsqu'on a abattu sur l'héritage un bois de haute futaie. Au contraire les enfants douairiers ayant la propriété de la portion qu'ils ont dans les héritages sujets au douaire, on doit leur faire raison non-seulement des dégradations qui diminuent le revenu de l'héritage, mais généralement de toutes celles qui diminuent le prix du fonds.

338. Les enfants douairiers ont aussi quelquefois des raisons à faire à la succession de leur père :

1° Lorsqu'il y a quelque héritage qui n'est sujet au douaire que sous la déduction de quelque somme d'argent que leur père a été obligé de débourser pendant son mariage, pour l'avoir, comme dans le cas des nombres 33 et 178, les enfants douairiers doivent faire raison à la succession de leur père, de cette somme, pour la portion qu'ils doivent avoir dans cet héritage.

2° Lorsque le père, pendant son mariage, a déboursé une somme d'argent pour racheter des rentes dont il était débiteur dès avant son mariage, les enfants douairiers doivent faire raison, au moins par la voie de compensation, à la succession de leur père, de cette somme, pour la portion qu'ils auraient portée dans ces rentes, si leur père ne les eût pas rachetées.

3° Lorsque le père a fait, pendant le mariage, des améliorations sur quelqu'un des héritages sujets au douaire, les enfants douairiers doivent faire raison, au moins par la voie de compensation, à la succession de leur père, de l'estimation de ces améliorations, pour la part qu'ils ont dans cet héritage.

Observez, par rapport à ces améliorations, une différence entre la femme douairière et les enfants douairiers. La femme n'ayant que l'usufruit de la portion qu'elle a dans les héritages sujets au douaire, elle ne doit faire raison que des améliorations qui ont augmenté le revenu de son usufruit, et jusqu'à concurrence seulement de ce qu'elles l'ont augmenté. Au contraire, les enfants ayant la propriété de la portion qu'ils ont dans les héritages sujets au douaire, ils doivent faire raison à la succession de leur père, pour la portion qu'ils ont dans l'héritage sur lequel ont été faites les améliorations, de l'estimation desdites améliorations, jusqu'à concurrence de ce qu'elles ont augmenté la

valeur de l'héritage, quoiqu'elles n'en aient pas augmenté le revenu. On peut apporter pour exemple, des plantations d'ormes qui auraient été faites sur un héritage.

339. Lorsque les héritiers du père et les enfants douairiers ont de part et d'autre des raisons respectives à se faire, il doit s'en faire compensation jusqu'à due concurrence. Si ce que l'héritier doit, excède ce que les enfants douairiers doivent de leur côté, cet excédant lui sera précompté sur la part qu'il doit avoir au partage qui est à faire des héritages sujets au douaire, entre lui et les enfants douairiers; *et vice versâ*, si ce que les enfants douairiers doivent, excède ce qui est dû par l'héritier, cet excédant doit pareillement être précompté aux enfants sur leur part audit partage.

Lorsque le partage entre l'héritier et les enfants douairiers n'a pu se faire sans un retour en deniers; si c'est la part de l'héritier qui est chargée de ce retour, la somme due pour ce retour doit être payée à la femme douairière, qui en doit jouir pendant sa vie, à la charge de la restituer après l'extinction de l'usufruit, aux enfants propriétaires du douaire. Si, au contraire, c'est la part des douairiers qui est chargée d'un retour, la femme qui a la jouissance du douaire, doit payer à l'héritier la somme due pour ce retour, et en faire l'avance; à la charge par les enfants douairiers, après l'extinction de l'usufruit de leur mère, de faire raison de cette somme à la succession de leur mère, au cas qu'ils y renoncent, ou qu'ils y viennent avec d'autre enfants.

340. Nous avons vu que lorsque le père avait augmenté le fonds du douaire, soit en remboursant des rentes passives dont il était chargé, soit en faisant des améliorations sur les héritages, les enfants douairiers en devaient faire raison, par la voie de la compensation, à ce qu'ils auraient de leur côté à prétendre pour la diminution que leur père aurait d'ailleurs apportée au fonds du douaire, soit en recevant le rachat des rentes sujettes au douaire, soit en faisant des dégradations sur des héritages sujets au douaire. Cela ne souffre pas de difficulté: les enfants ne peuvent pas se plaindre que leur père ait diminué leur douaire, lorsqu'en le diminuant d'un côté, il l'a augmenté d'un autre côté.

Il y a plus de difficulté sur la question de savoir si, dans le cas auquel les enfants n'ont de leur côté aucunes raisons qui doivent leur être faites par la succession de leur père, qui n'a apporté aucune diminution au douaire, les héritiers ou le curateur à la succession vacante peuvent exiger des enfants douairiers, pour la portion qu'ils ont dans les héritages sujets au douaire, le remboursement des sommes employées par le père depuis le mariage, soit au rachat des rentes passives dont le douaire était chargé, soit à des améliorations sur des héritages sujets au douaire?

Cette question est entièrement la même que celle que nous avons déjà agitée au nombre 185, par rapport au douaire de la femme. Nous y renvoyons pour ne pas répéter.

341. Outre l'action de partage dont nous avons parlé jusqu'à présent, que les enfants douairiers ont contre les héritiers de leur père, ou contre le curateur à la succession vacante, ils ont des actions contre les tiers détenteurs des héritages sujets à leur douaire, que le père a aliénés pour revendiquer la portion qu'ils y ont, et la leur faire délaisser.

Observez, comme nous l'avons déjà fait par rapport au douaire de la femme, n° 190, que les enfants n'ont ces actions contre les tiers détenteurs de ces héritages, que lorsque leur père n'a pas laissé dans sa succession une quantité suffisante des héritages sujets au douaire, pour remplir les enfants douairiers de la portion qui leur appartient dans l'universalité des héritages sujets au douaire. Ce n'est que dans ce cas que les enfants peuvent intenter action contre ces détenteurs, en commençant par les détenteurs des héritages qui ont été aliénés les derniers, et ainsi en remontant contre les autres, jusqu'aux détenteurs de ceux dont l'aliénation a commencé à entamer la portion sujette au douaire.

ART. II — Des actions auxquelles donne lieu le douaire conventionnel des enfants.

342. Lorsque par la convention portée au contrat de mariage on a fait consister ce douaire dans une quotité d'un certain genre d'héritages, ce douaire donne lieu, en ce cas, aux mêmes actions auxquelles nous avons vu que le douaire coutumier donnait lieu.

343. Lorsqu'on a assigné pour le douaire conventionnel un certain héritage, dans les coutumes où le douaire saisit de plein droit, les enfants douairiers peuvent, de même que la douairière, s'en mettre d'eux-mêmes en possession, lorsque cet héritage se trouve dans la succession de leur père, et intenter l'action de complainte contre ceux qui les y troubleraient. Dans les autres coutumes, les enfants douairiers ont contre les héritiers ou le curateur à la succession vacante, une action qui naît de la convention du douaire, pour en avoir délivrance. Si leur père l'avait aliéné, les enfants douairiers auraient cette action contre ceux qui se trouveraient possesseurs, cette action étant *personalis in rem scriptam,* l'héritage étant, par le contrat de mariage, affecté au douaire.

Lorsque le douaire conventionnel consiste, ou dans une somme d'argent, ou dans une rente dont leur père s'est constitué débiteur par la constitution du douaire, les enfants douairiers, de même que la veuve, ont contre les héritiers de leur père une action personnelle qui naît de la convention du douaire.

Tous les biens présents et à venir du mari ayant été hypothéqués au douaire par le contrat de mariage, les enfants ont aussi des actions hypothécaires contre ceux qui ont acquis depuis le mariage.

ART. III. — De l'hypothèque du douaire.

Lorsqu'il n'y a pas eu de contrat de mariage, ou que par le contrat de mariage il n'a pas été parlé de douaire, l'hypothèque du douaire coutumier qui est dû en ce cas, est du jour de la célébration du mariage.

Lorsque par le contrat de mariage les parties sont convenues d'un douaire, soit du coutumier, soit d'un douaire différent du coutumier, l'hypothèque du douaire est du jour du contrat de mariage.

Quoique l'hypothèque du douaire et celle des autres créances de la femme soient du même jour, néanmoins la jurisprudence y a établi un ordre. La grande faveur de la dot fait marcher avant l'hypothèque du douaire, celle de la femme, pour la restitution qui lui est due de ses deniers dotaux, et pour le remploi du prix de ses propres aliénés, lorsque l'aliénation a été nécessaire : mais l'hypothèque de la femme pour le remploi du prix de ses propres, à l'aliénation desquels elle a consenti, et celle qu'elle a pour l'indemnité des dettes auxquelles elle s'est obligée avec son mari, ne va qu'après celle du douaire des enfants; car étant chargée, aussi bien que son mari, par l'article 279 de la coutume de Paris, de veiller à la conservation du douaire de ses enfants, elle n'a pu par son fait y donner atteinte, en consentant à l'aliénation de ses propres, et en contractant volontairement des dettes pour son mari.

La faveur du douaire a fait aussi préférer l'hypothèque du douaire à celle de la femme, pour son préciput stipulé en cas de renonciation, et pour les autres avantages que lui a faits son mari.

On entend par *deniers dotaux,* non-seulement ceux qu'elle a stipulés propres, mais ceux qu'elle a fait entrer en communauté lors et depuis le mariage, et dont elle a stipulé la reprise en cas de renonciation à la communauté.

Tous ces points ont été décidés par l'arrêt du 30 août 1661, au second tome du *Journal des Audiences* (liv. 1, ch. 89), et par l'acte de notoriété du Châtelet de Paris, du 14 avril 1676.

La créance de la femme pour les arrérages échus du douaire, et celle des enfants pour le fonds du douaire, paraissent devoir être colloquées par concurrence; et c'est l'avis de Lemaître (tit. 11, ch. 3). Néanmoins Renusson (ch. 10, nos 28 et 29) rapporte deux arrêts (des 27 octobre 1689 et 22 mai 1692) qui ont donné la préférence à la veuve. Mais la jurisprudence a changé; et l'arrêt du 10 décembre 1718, rendu pour l'ordre des biens de M. Portail, qui est rapporté par Borjon (tit. 13, ch. 11, n° 3), a jugé pour la concurrence.

CHAPITRE IV.

A quels enfants le douaire est-il dû, et sous quelles conditions?

SECT. Ire. — A QUELS ENFANTS LE DOUAIRE EST-IL DU?

344. Lorsqu'un homme, en se mariant, ou la loi pour lui, constitue un douaire à la femme qu'il épouse, et que par la loi ou par la convention ce douaire doit être propre aux enfants, c'est aux enfants de ce mariage, qui se trouvent, lors de l'ouverture du douaire, habiles à succéder, que ce douaire est dû.

Les enfants que cet homme aurait eus d'un autre mariage, ni ceux que la femme à qui le douaire a été constitué, aurait d'un autre mariage, n'ont donc aucune part à ce douaire. C'est ce qui résulte de ces termes des articles 249 et 255 de la coutume de Paris : *Douaire... est le propre héritage aux enfants issus du mariage.*

345. Les enfants nés du commerce que leurs père et mère ont eu ensemble avant leur mariage, étant légitimés depuis, sont censés être, par anticipation, *issus de ce mariage;* et de même qu'ils sont habiles à succéder, ils ont aussi droit au douaire.

346. L'enfant posthume dont la femme était enceinte lors de la mort de son mari, et qui est né depuis, vivant et à terme, quoiqu'il ne fût pas encore né au temps de la mort de son père, qui a donné ouverture au douaire, ne laisse pas d'avoir droit au douaire, de même qu'il est habile à succéder, suivant cette règle de droit : *Is qui in utero est, pro jam nato habetur, quoties de commodo ejus agitur.*

347. Les petits-enfants d'un enfant du mariage qui est prédécédé, sont aussi censés *enfants issus du mariage;* et ils ont le même droit au douaire de leur aïeul, qu'ils ont à sa succession.

Quand même ces enfants auraient déjà eu un douaire dans les biens de leur père, cela ne les exclurait pas du droit qu'ils ont au douaire de leur aïeul.

348. Lorsqu'un enfant unique qui a survécu à son père, a renoncé à la succession et au douaire; quoique par sa renonciation les enfants de cet enfant, comme étant dans le degré suivant, aient droit à la succession de leur aïeul, néanmoins ils n'ont pas droit au douaire; car l'enfant à qui ce douaire était déféré, et qui y a renoncé, en a libéré la succession.

349. Il n'y a que les enfants qui sont habiles à succéder, qui aient droit au douaire : ceux qui, au temps de l'ouverture du douaire, n'ont plus l'état civil, qu'ils ont perdu, soit par la profession religieuse, soit par une condamnation

à une peine capitale, n'étant pas habiles à succéder, n'ont pareillement aucun douaire.

Ceux qui ont été exhérédés par leur père pour une juste cause, n'ayant plus de droit à la succession, n'ont plus pareillement aucun droit au douaire.

SECT. II. — De la condition de renoncer a la succession pour avoir droit au douaire.

350. Les enfants, pour pouvoir prétendre le douaire dans les biens de leur père, doivent renoncer à sa succession.

C'est ce qui résulte des articles 250 et 251 de la coutume de Paris. Il est dit en l'article 250 ; « Si les enfants venant dudit mariage ne se portent héritiers « de leur père, et s'abstiennent de prendre sa succession, en ce cas le douaire « appartient auxdits enfants, purement et simplement, etc. » L'article 251 dit : « Nul ne peut être héritier et douairier ensemble, pour le regard du douaire « coutumier ou préfix. »

Quelle est la raison de cette incompatibilité?

Dumoulin, en sa note sur l'article 178 de la coutume de Senlis, dont la disposition est semblable à celle de Paris, en rapporte cette raison : *quia*, dit-il, *tenentur doarium conferre* (*arrestum famosum vigilia natalis Domini* 1515). Des enfants venant à la succession de leur père, ne peuvent avoir aucun avantage les uns sur les autres, dans les biens de leur père. A l'exception seulement de celui que la loi fait à l'aîné pour son droit d'aînesse, tous les autres avantages faits à quelqu'un des enfants, soit qu'ils les tiennent de leur père, par les donations qu'il leur aurait faites, soit qu'ils les tiennent du bénéfice de la loi, tels qu'est le douaire, doivent être rapportés et conférés : par conséquent un enfant qui est héritier, serait inutilement douairier vis-à-vis des autres enfants ses cohéritiers, soit du même lit, soit d'un autre lit ; parce qu'il serait tenu de leur conférer ce qu'il aurait à titre de douaire.

Lorsqu'il n'y a qu'un enfant unique héritier, cette raison ne milite pas, mais il y en a une autre encore plus décisive, pour que cet enfant unique héritier ne puisse être douairier ; c'est que le douaire est une dette de la succession du père envers ses enfants. Étant, en sa qualité d'unique héritier de son père, seul tenu de toutes les dettes de la succession de son père, il ne peut pas être débiteur du douaire envers lui-même ; il ne peut pas en être tout à la fois le débiteur et le créancier ; ce sont deux qualités qui se détruisent nécessairement.

Un enfant peut-il être douairier et héritier sous bénéfice d'inventaire?

S'il y a d'autres enfants qui viennent avec lui à la succession, il ne peut pas, vis-à-vis d'eux, être douairier, quoiqu'il ne soit qu'héritier sous bénéfice d'inventaire ; car un héritier, quoique sous bénéfice d'inventaire, est un véritable héritier, tenu par conséquent, en cette qualité, au rapport envers ses cohéritiers, auquel la loi oblige les enfants qui viennent à la succession de leur père[1]. Le bénéfice d'inventaire n'est établi que contre les créanciers, pour empêcher que l'héritier qui y a recours, ne soit tenu envers les créanciers, des dettes de la succession *ultrà vires* ; mais ce bénéfice d'inventaire ne peut déroger à la loi du rapport qui doit avoir lieu au partage des biens de la succession.

---

[1] Ce principe se trouve reproduit, en termes formels, dans l'art. 843, C. civ.

Art. 843 : « Tout héritier, même « bénéficiaire, venant à une succes- « sion, doit rapporter à ses cohéritiers « tout ce qu'il a reçu du défunt, par « donation entre-vifs, directement ou « indirectement : il ne peut retenir les « dons ni réclamer les legs à lui faits « par le défunt, à moins que les dons « et legs ne lui aient été faits expres « sément par préciput et hors part, ou « avec dispense du rapport. »

Il suffit même qu'un enfant se soit porté héritier, quoique sous bénéfice d'inventaire, pour qu'il ne puisse plus, en renonçant à la succession bénéficiaire [1], demander sa part du douaire à ses cohéritiers. C'est ce qui a été jugé entre deux sœurs cohéritières de leur père, par un arrêt rendu en forme de règlement, du 23 février 1702, qui est dans le Recueil de Joui, et au cinquième tome du *Journal des Audiences* (liv. 2, ch. 12).

351. Un enfant peut-il, vis-à-vis des créanciers de la succession de son père, être héritier sous bénéfice d'inventaire, et douairier, de manière qu'il puisse, en abandonnant aux créanciers les biens de la succession bénéficiaire, prendre sur les héritages de ladite succession, son douaire préférablement aux créanciers postérieurs au mariage?

La raison de douter est, qu'il semble que la coutume appose au douaire, comme une condition absolue, que l'enfant renonce à la succession de son père, afin de pouvoir avoir le douaire. Elle dit en l'article 250 : « Si les enfants ne se « portent héritiers de leur père, et s'abstiennent des biens de sa succession, en « ce cas ledit douaire appartient auxdits enfants purement et simplement, sans « payer aucunes dettes créées depuis le mariage.» Et en l'article 251, elle dit absolument et indistinctement : « Nul ne peut être héritier et douairier. » D'où on conclut que ces deux qualités d'*héritier* et de *douairier* sont absolument incompatibles; qu'un enfant ne peut les réunir en sa personne; et que tous ceux qui ont intérêt de l'empêcher d'être douairier, les créanciers de la succession, aussi bien que ses cohéritiers, peuvent opposer à l'enfant cette incompatibilité de qualités, pour l'empêcher de prendre un douaire dans les biens de la succession : on cite même un arrêt en faveur de cette opinion.

Nonobstant ces raisons, on doit décider qu'un enfant peut, vis-à-vis des créanciers de la succession de son père, être douairier et héritier sous bénéfice d'inventaire. La raison est, que l'effet du bénéfice d'inventaire est de conserver à l'héritier qui y a recours, tous les droits et toutes les créances qu'il a contre la succession. L'enfant qui y a recours doit donc conserver son douaire, qui n'est autre chose qu'une créance qu'il a contre la succession de son père. Il peut donc, vis-à-vis des créanciers de la succession, être héritier et douairier.

A l'égard de l'objection qu'on fait, que la coutume dit absolument et indistinctement, qu'on ne peut être héritier et douairier, je réponds qu'il est dit pareillement, *qu'aucun ne peut être héritier et donataire;* Blois, art. 158: néanmoins tout le monde convient que cette maxime n'a d'application que vis-à-vis des cohéritiers de l'enfant donataire, auxquels, lorsqu'il est héritier, il doit conférer et rapporter tout ce qui lui a été donné; mais que cette règle n'empêche pas un enfant qui n'a pas de cohéritiers, d'être héritier par bénéfice d'inventaire, et donataire, sans que les créanciers de la succession bénéficiaire puissent lui opposer cette règle pour l'obliger au rapport des choses qui lui ont été données entre-vifs. Pourquoi ne dira-t-on pas pareillement que la règle, *nul ne peut être héritier et douairier,* n'a d'application que vis-à-vis des cohéritiers du douairier, auxquels l'enfant qui se porte héritier, doit rapporter et conférer son douaire; d'autant que c'est le sens dans lequel Dumoulin l'a entendu en sa note ci-dessus rapportée?

Cette question a été décidée par un arrêt du 4 mars 1750, en la quatrième chambre des enquêtes, au rapport de M. de Lépine de Granville, par lequel il a été jugé que les enfants du sieur Fumée-Dubuisson, quoiqu'ils se fussent portés héritiers sous bénéfice d'inventaire de leur père, ayant depuis renoncé

---

[1] Celui qui s'est porté héritier, quoique sous bénéfice d'inventaire, ne peut plus renoncer, il peut seulement faire l'abandon des biens aux créanciers et légataires, mais cet abandon n'est point une renonciation, et ne produit pas les mêmes effets; l'enfant n'en reste pas moins héritier.

aux biens de cette succession, étaient bien fondés dans une demande hypothécaire contre les enfants du sieur Dupont, qui avait acquis des biens hypothéqués à leur douaire.

On avait opposé un arrêt du 7 juillet 1674, rapporté (par Renusson, ch. 10, n° 8), par lequel un enfant qui avait fait abandon des biens de la succession de son père, sous bénéfice d'inventaire, était, nonobstant cet abandon, non recevable à demander le douaire. On répondait que cet arrêt était dans une espèce différente; qu'il était dans l'espèce d'un douaire d'une somme d'argent, avec la clause que la femme l'aurait sans retour. La propriété d'un tel douaire est censée accordée à la femme, non-seulement pour le cas auquel il n'y a pas d'enfants, mais pareillement pour le cas auquel les enfants seraient héritiers; la propriété n'en est laissée aux enfants que dans le cas auquel ils renonceraient à la succession, pour prendre la qualité de *douairiers*. L'enfant ayant donc accepté la succession, a fait exister la condition sous laquelle la propriété en a été accordée à la femme. Il n'est donc plus recevable à la demander, nonobstant l'abandon qu'il offre de faire; car cet abandon n'empêche pas qu'il ne demeure héritier : *Semel hæres, semper hæres*. Il ne peut opposer à la douairière ni à ses héritiers le bénéfice d'inventaire, qui n'est établi que contre les créanciers.

SECT. III. — De la condition que la coutume impose aux enfants douairiers, d'imputer sur leur douaire tout ce qui leur a été donné par leur père.

352. C'est une maxime, que les enfants ne peuvent avoir don et douaire.

La coutume de Paris s'en explique en l'article 252, où il est dit : « Celui « qui veut avoir le douaire, doit rendre et restituer ce qu'il a eu et reçu « en mariage, et autres avantages de son père; ou moins prendre sur le « douaire. »

La raison de cette disposition est tirée de la nature du douaire des enfants. Ce douaire, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 293, est une espèce de légitime que la loi municipale assure aux enfants sur les biens de leur père, pour leur subvenir contre la dissipation qu'il en pourrait faire. De là il suit que, de même que tout ce qu'un père donne à ses enfants s'impute sur la légitime qu'il leur doit, lorsqu'ils se tiennent à leur légitime, pareillement tout ce qu'il leur a donné, doit s'imputer sur leur douaire, ce douaire étant une espèce de légitime.

353. Si, par la donation qu'un père a faite à un de ses enfants, il était expressément stipulé que l'enfant ne serait pas obligé d'imputer sur son douaire les choses comprises en la donation, cette clause serait-elle valable?

Elle est nulle vis-à-vis des autres enfants héritiers, et vis-à-vis des créanciers antérieurs à la donation.

A l'égard des créanciers postérieurs à la donation, n'ayant pas dû compter sur des biens que celui avec qui ils ont contracté, n'avait plus, ils ne peuvent être recevables à contester la clause apposée à la donation de ces biens, ni à en demander l'imputation au douaire.

Sur cette imputation que le douairier doit faire sur son douaire, des choses qui lui ont été données, nous verrons, — 1° quelles donations sont sujettes à cette imputation; — 2° comment se fait cette imputation; — 3° de quand le douairier doit-il rapporter ou imputer sur son douaire les fruits et intérêts de ce qui lui a été donné.

et sans qu'il en eût profité. Par ces raisons, Duplessis (ch. 4, sect. 3) décide que l'enfant douairier n'est pas tenu de faire cette imputation.

On dit au contraire, en faveur de l'imputation, que ce qui est donné aux enfants de l'enfant douairier, est censé donner à l'enfant douairier lui-même, suivant la règle, *Donatum filio, videtur donatum patri*. C'est en conséquence de cette règle, que la coutume de Paris, art. 306, oblige l'enfant qui vient à la succession de ses père et mère, de rapporter non-seulement ce qui lui a été donné à lui-même, mais ce qui a été donné à ses enfants; parce que sans cela, il serait au pouvoir des père et mère d'éluder la loi qui ne permet pas qu'un enfant puisse être héritier et donataire, en donnant aux enfants d'un enfant qui doit venir à leur succession, ce qu'ils ne peuvent lui donner à lui-même. Pareillement la loi qui ne permet pas qu'un enfant soit douairier et donataire, serait éludée, si on pouvait faire des donations aux enfants de l'enfant douairier, sans qu'il fût obligé de les imputer sur son douaire. Quant à ce qu'on dit en faveur de la première opinion, que le douaire est une dette du père envers l'enfant, qui ne peut recevoir aucune atteinte, et qu'il doit par conséquent payer à lui, et non à d'autres; on répond que la légitime est pareillement une dette du père envers ses enfants; cela n'empêche pas que l'enfant qui vient à la succession de ses père et mère, ne doive faire rapport de ce qui a été donné à ses enfants, même dans le cas où ce rapport entamerait sa légitime; et on remédie à l'atteinte que ce rapport y donne, en le renvoyant contre ses enfants, pour retrancher à son profit, des donations qui leur ont été faites, ce qui manque à sa légitime. On peut pareillement remédier à l'atteinte que donne au douaire l'imputation que le douairier doit faire des donations faites à ses enfants, en le renvoyant contre ses enfants, pour prendre sur les donations qui leur ont été faites ce qui manque à son douaire. C'est l'avis de Lemaître (tit. 11, ch. 2).

359. Il nous reste à observer qu'il y a de certaines donations qui sont regardées plutôt comme l'acquittement d'une dette naturelle, que comme donations, lesquelles ne sont pas sujettes à être imputées sur le douaire. On peut établir à cet égard pour règle, que tout ce qui n'est pas sujet à rapport en matière de succession, n'est pas non plus sujet à être imputé sur le douaire. Tels sont, suivant l'art. 309 de la coutume d'Orléans, qui forme à cet égard un droit commun, *les nourritures, entretenements, instructions et apprentissages d'enfants*.

Ce qui est dit des nourritures, souffre exception à l'égard de celles qui font partie d'une dot. Lorsqu'un père, en mariant un de ses enfants, promet de nourrir chez lui les futurs conjoints et leur famille pendant un certain nombre d'années, ces nourritures qu'il lui administre en conséquence, font partie de la dot, et l'enfant douairier à qui elles ont été administrées, est tenu d'en faire le rapport à ses cohéritiers.

360. Pareillement, le trousseau et les habits nuptiaux qu'on a donnés à un enfant en le mariant, doivent lui être imputés sur son douaire, de même qu'ils sont sujets à rapport; car ils sont censés faire partie de sa dot.

A l'égard de la dépense que le père a faite pour le festin des noces d'un enfant; cet enfant n'en ayant pas profité, de même qu'elle n'est pas sujette à rapport, elle ne s'impute pas sur le douaire.

Observez à l'égard du trousseau, des habits nuptiaux, et des nourritures qui font partie de la dot d'un enfant, et qui doivent en conséquence s'imputer sur son douaire, qu'elles n'y doivent être imputées que pour moitié, lorsque le père et la mère ont doté conjointement l'enfant, ou lorsque la mère, quoiqu'elle n'ait point parlé à la dot, a accepté la communauté; car en ce cas le père est censé n'avoir donné ces choses que pour moitié, la mère étant censée les avoir données pour l'autre moitié; *suprà*, n° 354.

361. Il n'est pas douteux que le legs qu'a fait le père à l'enfant, d'une pension alimentaire, ne doive être imputé sur le douaire de cet enfant.

362. Lorsqu'un aïeul a pris chez lui un de ses petits-enfants, qu'il a nourri et élevé, quoiqu'il ne lui dût pas des aliments, cet enfant ayant alors son père et sa mère, qui étaient en état de lui en fournir, néanmoins, si ce petit-enfant vient par la suite au douaire de son aïeul, il ne sera pas tenu d'imputer sur le douaire qu'il a de cet aïeul, les aliments que cet aïeul lui a fournis. Ce n'est pas une donation qu'il a faite à cet enfant, qui n'en a pas profité, puisqu'il aurait été pareillement nourri et élevé chez ses père et mère, si son aïeul ne l'eût pas pris chez lui. Ce n'est pas non plus une donation que cet aïeul ait faite aux père et mère de cet enfant, en fournissant à leur décharge, des aliments à cet enfant; car cet enfant ne leur était pas à charge : ce n'est que pour faire plaisir à son aïeul, et pour sa propre satisfaction, qu'ils lui ont laissé prendre cet enfant chez lui.

363. L'article ci-dessus cité, en exceptant de la loi du rapport *les entretenements,* comprend sous ce terme, non-seulement l'entretien ordinaire, mais la dépense qui aurait été faite pour l'équipage d'un enfant afin de l'envoyer au service : par la même raison on ne doit pas l'imputer sur le douaire de l'enfant pour qui on a fait cette dépense.

La coutume ajoute, *instructions et apprentissages d'enfants*. Cela comprend les pensions qu'on paie pour les enfants qu'on envoie dans les colléges, dans les universités, dans les académies à monter à cheval, dans les séminaires, les appointements des précepteurs et gouverneurs, et des différents maîtres qu'on donne aux enfants pour leur éducation; les livres, *intrà justum modum;* les frais de baccalauréat et de licence. Toutes ces choses ne sont regardées que comme frais faits pour l'éducation qu'un père doit à ses enfants, et ne doivent pas par conséquent lui être imputées sur son douaire.

Pareillement, entre artisans, les frais d'apprentissage d'un métier sont regardés comme frais de simple éducation, et ne sont pas imputés sur le douaire de l'enfant pour qui ils ont été faits : mais lorsque le père l'a fait recevoir maître dans quelque art, les frais de maîtrise étant faits pour son établissement, doivent être imputés sur son douaire [1].

364. L'enfant douairier n'est pas obligé d'imputer sur son douaire les fruits des héritages que son père lui a donnés, qu'il a perçus jusqu'au temps de l'ouverture du douaire : il n'est pas non plus tenu de compter jusqu'audit temps, des intérêts des sommes d'argent qui lui ont été données.

Mais après l'ouverture du douaire, l'enfant douairier doit faire raison à l'héritier, des fruits des héritages qui lui ont été donnés, et des intérêts des sommes qui lui ont été données, depuis le même temps que l'héritier lui doit de son côté faire raison des fruits et des intérêts du douaire, c'est-à-dire, du jour du décès du père, dans les coutumes où le douaire saisit de plein droit; et dans les coutumes où le douaire doit être demandé, du jour seulement de la demande que le douairier en a faite.

Par exemple, supposons que le douaire est d'un certain héritage, et que le père qui a constitué ce douaire, a donné à son fils une somme de mille écus. Ce fils s'étant porté douairier, les héritiers ou le curateur à la succession vacante du père, dans les coutumes où le douaire saisit de plein droit, doivent faire délivrance de l'héritage à l'enfant douairier, et lui compter des fruits qui en ont été perçus depuis le décès du père; et le douairier, de son côté, doit rapporter et payer aux héritiers ou au curateur à la succession vacante, la somme de 30,000 livres qui lui a été donnée, et les intérêts de cette somme, à compter du même jour du décès du père.

---

[1] Tous ces principes serviraient encore aujourd'hui pour déterminer ce qui n'est pas sujet au rapport.

Dans les coutumes où le douaire doit être demandé, comme on ne tiendrait compte à l'enfant des fruits de l'héritage sujet à son douaire, que du jour de la demande qu'il aurait faite de son douaire, il ne doit pareillement tenir compte des intérêts de la somme qu'il doit rapporter, que du jour de cette demande.

Lorsque la veuve a survécu, l'enfant doit-il, même en ce cas, le rapport des fruits et intérêts du jour de la mort de son père, dans les coutumes où le douaire est saisi de plein droit?

Duplessis (sur art. 252, *du Douaire*, ch. 4, sect. 3) dit qu'il ne le doit que du jour de la mort de sa mère, parce qu'il ne commence à jouir que de ce jour. Lemaître (tit. 11, ch. 2) décide, au contraire, qu'il doit ce rapport du jour de la mort de son père. La raison est que, quoiqu'il ne jouisse qu'après la mort de sa mère, il est néanmoins saisi du jour de la mort de son père, de la propriété du douaire. Il est, dès ce jour, tenu d'imputer et de précompter sur ce douaire tout ce qui lui a été donné par son père; il cesse, dès ce jour, de le tenir à titre de donation; il ne le tient plus à titre de donation, il ne le tient plus qu'à titre de douaire. Dès ce jour ce n'est donc plus à cet enfant, c'est à la veuve douairière que la jouissance en appartient, laquelle jouissance doit venir à ladite veuve en déduction de la jouissance du douaire que les héritiers ou créanciers de son mari doivent lui délivrer. Lesdits héritiers ou créanciers du mari ayant fait délivrance à la veuve de l'usufruit de la moitié de tous les héritages que son mari avait au temps des épousailles, et de ceux qui lui sont advenus depuis en directe, sans lui faire aucune déduction de la jouissance de ce que son mari a donné à l'enfant douairier, laquelle déduction ils n'ont pu faire à la veuve, parce que l'enfant douairier la retenait indûment; l'enfant douairier qui a eu cette jouissance indûment au préjudice des héritiers ou créanciers de son père, qui n'en ont pu faire déduction à la veuve à qui elle devait appartenir, et venir en déduction de son usufruit du douaire, doit leur en faire raison par le rapport des fruits perçus, ou des intérêts courus depuis le jour de la mort de son père, depuis lequel temps la jouissance devait appartenir à la veuve.

Dans les coutumes où le douaire ne saisit pas de plein droit, l'enfant douairier n'est tenu en ce cas du rapport des fruits et intérêts, que du jour que la veuve a eu délivrance de l'usufruit : car ce n'est que de ce jour que la succession du mari souffre de ce que l'enfant a retenu indûment la jouissance de ce qui lui a été donné à compte du douaire, puisque ce n'est que de ce jour qu'elle en eût fait la déduction sur l'usufruit de la veuve.

365. Lorsqu'un père a donné en dot à l'un de ses enfants les fruits ou le revenu d'un certain héritage pendant un certain nombre d'années, l'enfant doit imputer sur son douaire tous ces fruits qu'il a perçus, quoiqu'avant l'ouverture du douaire; car ces fruits ne sont pas les fruits d'un héritage qui lui a été donné, le père ne lui ayant pas donné l'héritage; ils sont la chose même qui lui a été donnée *principaliter*.

ART. II. — Comment se fait l'imputation des choses données, sur le douaire.

366. La coutume de Paris, en l'article rapporté ci-dessus, n° 362, donne à l'enfant douairier le choix de deux choses : ou de retenir son douaire en entier, en rendant toutes les choses qui lui ont été données, et qui sont sujettes à ce rapport; ou de retenir les choses qui lui ont été données, en prenant d'autant moins sur son douaire.

§ I. *Du cas du rapport.*

367. Dans le premier cas, lorsque l'enfant choisit le parti de retenir son douaire entier, en restituant à la succession de son père les choses qui lui ont

été données; si ce sont des héritages qui lui ont été donnés, et qu'il les ait encore en sa possession, il doit les rendre en nature.

Il doit faire à ses dépens toutes les réparations d'entretien qui se sont trouvées à y faire lors de l'ouverture du douaire; car elles sont une charge de la jouissance qu'il en a eue jusqu'à ce temps.

A l'égard des grosses réparations, l'enfant n'en est pas tenu lorsqu'elles proviennent de vétusté, ou de quelque accident de force majeure; mais il en est tenu lorsqu'elles proviennent de sa faute, ayant été occasionnées par défaut d'entretien.

Il est pareillement tenu des dommages et intérêts résultant de toutes les dégradations desdits héritages, qui proviennent, soit de son fait, soit de sa faute; pourquoi les héritiers ou le curateur à la succession vacante du père, peuvent demander la visite desdits héritages par experts, dont les parties conviennent, pour déclarer les dégradations qui s'y trouvent, et la somme à laquelle ils estiment monter les dommages et intérêts qui en résultent.

368. Au contraire, lorsque le douairier a fait sur l'héritage qui lui a été donné, et qu'il rapporte à la succession de son père, des impenses nécessaires ou utiles pour l'amélioration de l'héritage (autres néanmoins que celles d'entretien), la succession de son père, à laquelle il fait le rapport, doit lui faire raison du prix desdites impenses.

Ce que la coutume de Paris, art. 305, ordonne à l'égard du rapport qu'un enfant qui vient à la succession, doit faire à ses cohéritiers, s'applique à cet égard au rapport que l'enfant douairier doit faire des choses à lui données, pour conserver son douaire.

Il y a une distinction à faire entre les impenses nécessaires et celles qui ne sont qu'utiles. La succession doit faire raison à l'enfant de tout ce qu'il lui en a coûté ou dû coûter pour les impenses *nécessaires* que le père eût été obligé de faire lui-même, s'il ne lui eût pas donné l'héritage; car *hactenùs locupletior est, quatenùs propriæ pecuniæ pepercit*: mais à l'égard des *utiles*, la succession n'est tenue d'en faire raison que jusqu'à concurrence de ce que l'héritage en est plus précieux au temps du rapport qui en est fait.

369. L'enfant qui, pour conserver son douaire, rend les héritages qui lui ont été donnés par son père, doit aussi faire raison à la succession de son père, des fruits qu'il a perçus depuis la mort de son père, comme nous le verrons en l'article suivant.

370. Passons au cas auquel l'enfant douairier n'a plus en sa possession les héritages qui lui ont été donnés par son père.

S'il en a été évincé sans son fait, il n'est obligé au rapport que de ce qu'il a reçu à la place; et s'il n'a rien reçu, il n'est obligé à rien rapporter.

Par exemple, si le douairier avait été obligé de délaisser l'héritage qui lui a été donné, sur une action rescisoire ou sur une action de réméré qu'avait celui qui l'avait vendu à son père, le douairier ne serait tenu au rapport que de la somme qu'il aurait reçue du demandeur.

Pareillement, si l'enfant douairier avait été obligé de délaisser, sur une demande en revendication ou sur une action hypothécaire, l'héritage qui lui a été donné par son père, et qu'il eût été remboursé d'une certaine somme par le demandeur, pour le prix des améliorations faites par son père sur ledit héritage, il ne serait obligé de rapporter que cette somme, étant la seule chose dont il se trouve avoir profité de la donation: mais si c'était lui qui eût fait lui-même ces améliorations, il ne serait obligé de rien rapporter, n'ayant reçu que le remboursement de ce qu'il avait déboursé lui-même, et n'ayant en ce cas profité de rien de la donation.

371. Lorsque c'est par une aliénation volontaire que le douairier a faite de l'héritage qui lui a été donné par son père, qu'il ne s'en trouve plus en possession au temps de l'ouverture du douaire; ne pouvant plus le rapporter en

nature, est-ce le prix pour lequel il l'a vendu, qu'il doit rapporter, ou le prix que vaut cet héritage au temps de l'ouverture du douaire ?

La donation étant censée lui avoir été faite en avancement de son douaire, et l'enfant ayant en conséquence contracté tacitement l'obligation de précompter sur son douaire cet héritage, sur le pied qu'il se trouverait valoir au temps de l'ouverture du douaire, il n'a pu, par son fait, changer l'objet de son obligation; il doit en rapporter ou en imputer sur son douaire le prix qu'il vaut au temps de l'ouverture du douaire. S'il était alors en mauvais état de réparations, il devrait rapporter ou imputer, non le prix qu'il vaut, mais le prix qu'il vaudrait s'il était en bon état de réparations [1].

372. Lorsque la chose qui a été donnée à l'enfant douairier, était une part indivise que son père avait dans des héritages qui lui étaient communs avec d'autres, que le douairier a depuis partagés avec ses copropriétaires, il doit rapporter tout ce qui est échu en son lot, même la somme qu'il aurait reçue de ses copropriétaires pour retour de partage.

Si c'est au contraire lui qui a été chargé d'un retour, la succession de son père, à laquelle il fait rapport de tout ce qui lui est échu en son lot, doit le rembourser de la somme qu'il a payée pour ce retour.

Lorsqu'il a licité les héritages avec ses copropriétaires, il doit rapporter la somme qu'il a reçue ou dû recevoir de l'adjudicataire, pour le prix de l'adjudication.

Si c'est lui qui s'en est rendu adjudicataire, il ne doit rapporter ces héritages en nature, qu'à la charge, par la succession de son père, de le rembourser des sommes qu'il a payées à ses copropriétaires pour leurs parts dans le prix de l'adjudication; et si la succession n'avait pas des deniers comptants pour lui faire ce remboursement, il devrait imputer sur son douaire, ces héritages pour le prix qu'ils valent au temps de l'ouverture du douaire, sous la déduction desdites sommes.

373. Lorsque les choses données à l'enfant douairier sont des principaux de rentes dues par des tiers, il peut conserver son douaire en entier, en les rendant en nature à la succession de leur père, quand même elles se trouveraient alors caduques par l'insolvabilité des débiteurs, pourvu que ce soit sans la faute de l'enfant qu'elles le soient devenues [2].

---

[1] Les mêmes principes sont admis lorsque le rapport se fait en moins prenant. *V.* art. 860, C. civ.

Art. 860 : « Le rapport n'a lieu qu'en « moins prenant, quant le donataire a « aliéné l'immeuble avant l'ouverture « de la succession; il est dû de la va- « leur de l'immeuble à l'époque de « l'ouverture. »

[2] On voit que l'insolvabilité du débiteur, non imputable à faute ou négligence de l'enfant donataire, ne tombe point à sa charge : il est vrai qu'au temps où écrivait Pothier les rentes étaient généralement classées parmi les immeubles et qu'on raisonnait à l'égard du donataire d'une rente comme à l'égard du donataire d'un immeuble corporel; tandis que, lorsque la donation était de choses mobilières, le donataire, en la recevant, la prenait à ses risques et périls, comme va le dire Pothier au n° 375, et le donataire devait rapporter la valeur, du temps où il les avait reçues. Aujourd'hui les rentes ont changé de nature, elles sont mobilières.

Faut-il cependant appliquer au donataire d'une rente l'art. 868, C. civ., et laisser ainsi à sa charge les diminutions qui peuvent survenir à la rente? Nous ne le pensons pas, les termes de l'art. 868, supposent un mobilier corporel, on parle d'un état estimatif annexé à la donation : il y a d'ailleurs la même raison qu'autrefois pour ne pas faire supporter au donataire l'insolvabilité du débiteur.

Art. 868 : « Le rapport du mobilier « ne se fait qu'en moins prenant. Il se

Mais si l'enfant avait laissé perdre les hypothèques d'une rente, faute de s'opposer au décret de quelque héritage qui y était hypothéqué, ou faute d'avoir interrompu les tiers acquéreurs, et généralemant faute d'avoir fait ce qu'il était nécessaire de faire pour la conservation desdites hypothèques, la succession du père peut refuser le rapport de cette rente, et peut obliger le douairier à l'imputer sur son douaire.

374. Lorsque le douairier a été donataire de son père d'une rente, soit perpétuelle, soit viagère, dont son père s'est constitué débiteur envers lui, le douairier en doit décharger la succession de son père.

375. Le douairier n'est pas reçu à rapporter en nature les choses mobilières qui lui ont été données par son père ; le donataire, en les recevant, les prend à ses risques, et il doit rapporter la somme qu'elles valaient lorsqu'il les a reçues, ou l'imputer sur son douaire. On doit ordinairement s'en rapporter, pour les prix desdites choses, à l'estimation portée par l'acte de donation ; à moins que les héritiers ou le curateur à la succession vacante ne fussent en état de justifier que cette estimation est frauduleuse, et faite à un prix considérablement au-dessous de leur juste valeur. S'il n'y a pas eu d'estimation portée par l'acte de donation, il faut en faire une, et prendre pour estimateurs, des personnes qui les avaient connues au temps de la donation, si on en peut trouver [1].

376. Quoique les offices soient des immeubles, néanmoins le rapport ne s'en fait pas en nature ; l'indécence qu'il y aurait à destituer un officier pour faire le rapport de l'office, a fait établir que le donataire de l'office est censé le prendre à ses risques, et qu'il doit faire le rapport, à la somme que valait l'office au temps de la donation, ou l'imputer sur son douaire.

Lorsque l'office a été donné au douairier par son père, pour le prix qu'il avait coûté à son père, on n'est pas recevable à contester ce prix sous prétexte que l'office aurait augmenté de valeur.

Le douairier n'est pas seulement tenu au rapport du prix de l'office ; il doit pareillement rapporter les sommes qui lui ont été fournies par son père pour les frais de réception ou de provisions.

Lorsqu'un père qui avait un office de la maison du roi, ou quelque autre office semblable, auquel il n'y a aucune finance attachée, l'a résigné à son fils avec l'agrément du roi, le fils n'a rien à rapporter ni à imputer sur son douaire; car ces offices n'étant pas censés *in bonis*, n'étant pas censés faire partie du patrimoine de l'officier qui en est revêtu, le père, en se démettant de cet office en faveur de son fils, n'est pas censé lui avoir rien donné de ses biens, et le fils n'est pas tenu par conséquent à rien rapporter ni imputer sur son douaire.

Mais si le père avait acheté un office de cette espèce pour en faire revêtir son fils, le fils serait donataire de la somme pour laquelle son père l'a acheté, de même que si son père lui avait acheté tout autre office, et il doit la rapporter ou l'imputer sur son douaire.

§ II. *Du cas de l'imputation.*

377. Lorsque le douairier prend le parti de retenir les choses qui lui ont été données, en les imputant sur son douaire, il faut, pour procéder à cette imputation, arrêter deux masses ; l'une du montant des choses données que le

---

« fait sur le pied de la valeur du mobilier lors de la donation, d'après « l'état estimatif annexé à l'acte ; et, à « défaut de cet état, d'après une estimation par experts, à juste prix et « sans crue. »

[1] Art. 868, C. civ., *V.* la note précédente.

douairier retient, et dont l'imputation doit être faite sur le douaire; et l'autre du montant des choses qui composent le douaire.

278. Pour faire le montant de la masse des choses données dont l'imputation doit être faite sur le douaire; lorsque les choses données sont des héritages que le douairier a encore en sa possession, ces héritages devant s'imputer sur le douaire, sur le pied de leur valeur au temps de l'ouverture du douaire, ils doivent être estimés par des experts, dont l'un doit être nommé par le douairier, et l'autre par l'héritier ou le curateur à la sucession vacante du père, et portés dans cette masse pour le prix porté par l'estimation de ces experts. S'ils avaient été dégradés par la faute du douairier, il faudrait les estimer, non ce qu'ils valent, mais ce qu'ils vaudraient s'ils étaient en bon état.

279. Lorsque le douairier n'a plus en sa possession les héritages qui lui ont été donnés; si c'est par une aliénation volontaire, le rapport du prix devant en être fait, comme nous l'avons vu au paragraphe précédent, sur le pied de la valeur qu'ils ont au temps de l'ouverture du douaire, l'imputation doit pareillement en être faite sur le pied de cette valeur; et pour y parvenir, l'estimation doit être faite desdits héritages, de même que si le douairier les avait encore en sa possession. S'ils se trouvaient dégradés, soit par la faute du douairier, soit par celle des propriétaires et successeurs qui lui ont succédé, l'estimation devrait s'en faire sur le pied qu'ils vaudraient s'ils étaient en bon état.

280. Lorsque le douairier a été évincé, sans son fait, des héritages qui lui ont été donnés, on ne doit en ce cas comprendre dans la masse de ce qui doit être imputé sur le douaire, que les sommes que le douairier a reçues à la place desdits héritages; et il n'y a aucune estimation à faire.

281. Lorsque ce sont des rentes qui ont été données, et dont le douairier se trouve encore en possession, le douairier doit les comprendre pour leur capital dans la masse de ce qu'il doit imputer; et il n'est pas reçu à demander qu'elles y soient comprises pour une moindre somme, sous prétexte qu'elles ne sont pas bien solides: car, si c'est sans sa faute, il ne tient qu'à lui de les rendre en nature: si c'est par sa faute, pour avoir laissé perdre des hypothèques, il est tenu de sa faute à cet égard.

282. Si ce sont des rentes à un taux très bas, comme au denier quarante ou cinquante; ces rentes étant intrinsèquement d'une valeur moindre que leur principal, je pense qu'elles pourraient être comprises dans la masse pour un prix moindre, suivant l'estimation qui en serait faite.

283. Lorsque, les biens des débiteurs ayant été discutés, le douairier n'a pu recevoir qu'une partie du principal de sa rente, ou même rien du tout; si c'est sans sa faute, il n'est tenu d'imputer que la somme qu'il a reçue, ou même rien du tout, s'il n'a pu rien recevoir; mais si c'est par sa faute, pour avoir laissé perdre les hypothèques, il doit imputer ce qu'il eût pu recevoir, s'il ne les eût pas laissé perdre.

284. Lorsque ce sont des meubles qui ont été donnés, l'imputation doit s'en faire, comme nous l'avons déjà observé au paragraphe précédent sur le pied de la somme qu'ils valaient au temps de la donation, et ils doivent en conséquence être employés pour cette somme dans la masse de ce qui doit être imputé. Il en est de même d'un office, comme nous l'avons vu au paragraphe précédent.

285. Le montant de la masse des choses données qui doivent être imputées sur le douaire, étant fixé et arrêté, on doit pareillement fixer et arrêter le montant de ce qui compose le douaire sur lequel doit se faire l'imputation.

Si le douaire ne consistait que dans la créance d'une somme d'argent ou d'une rente qui a été constituée pour douaire par le contrat de mariage, l'imputation se ferait en ce cas bien facilement. Il suffirait de faire sur la somme

due pour le douaire, déduction de celle à laquelle a été fixée et arrêtée la masse de ce qui doit y être imputé; et la succession du père demeurerait débitrice du surplus envers le douairier. — Par exemple, si on avait constitué par le contrat de mariage un douaire de cent pistoles de rente, qui font un capital de 20,000 livres, et que le montant de ce qui doit être imputé sur le douaire, eût été fixé et arrêté à 12,000 livres; en faisant déduction de cette somme sur celle de 20,000 liv., le douaire serait réduit à un principal de 8,000 livres, produisant 400 livres de rente dues par la succession du père.

Mais lorsque le douaire consiste dans des héritages, il faut que les mêmes experts qui ont fait l'estimation des héritages donnés au douairier, et qui doivent composer la masse de ce qui doit être imputé sur le douaire, fassent pareillement l'estimation des héritages et droits immobiliers qui composent le douaire, eu égard à l'état auquel ils se trouvent et à ce qu'ils valent au temps de l'ouverture du douaire. Cette estimation faite, on dresse une masse de tous les héritages et droits immobiliers qui composent le douaire, dans laquelle chacun des héritages et droits immobiliers est compris pour la somme à laquelle il a été estimé, de toutes lesquelles sommes on fait une somme totale à laquelle on arrête le montant des choses qui composent le douaire.

386. On doit aussi, comme nous l'avons déjà dit, dresser un état des sommes dont la succession du père est tenue de faire raison au douairier pour son douaire; *putà*, pour le remboursement qu'il a reçu des principaux de rentes sujettes au douaire, pour les dégradations qu'il a faites par sa faute dans les héritages sujets au douaire, et pour les réparations qui s'y sont trouvées à faire lors de l'ouverture du douaire. On doit pareillement dresser un état des sommes dont le douairier doit faire raison à la succession de son père par rapport au douaire; *putà*, pour le rachat que le père a fait des rentes dont le douaire était chargé, ou pour les améliorations faites par le père sur les héritages sujets au douaire.

Après compensation faite des sommes dont la succession du père et le douairier doivent se faire raison respectivement; si celles dont la succession du père est débitrice excèdent celles dont le douairier est débiteur, le douairier est créancier de la succession de son père, de la somme à laquelle monte cet excédant, et la créance de cette somme fait partie du douaire, et doit être ajoutée à la masse des héritages et droits immobiliers qui le composent.

Si au contraire ce sont les sommes dont le douairier doit faire raison, qui excèdent celles dont la succession du père lui doit faire raison, la somme à laquelle monte cet excédant est une dette du douairier envers la succession du père, qui doit être ajoutée au montant de la masse des choses données, et qui doit être imputée sur le douaire.

387. Pour procéder ensuite à l'imputation du montant de la masse des choses données, qui doit être faite sur le douaire, lorsque le douairier est créancier de quelque somme de la succession de son père par rapport au douaire, il fait d'abord compensation, jusqu'à due concurrence, de la somme à laquelle monte ce qui doit être imputé sur le douaire avec cette créance. Pour faire l'imputation de la somme qui restera à imputer sur le douaire, après cette compensation faite, l'héritier ou le curateur à la succession vacante du père retranchera de la masse des héritages et droits immobiliers qui composent le douaire, une partie desdits biens pour les sommes pour lesquelles ils y sont portés, jusqu'à concurrence de ce qui est à imputer, et le douaire sera réduit à ce qui restera de ladite masse après ce retranchement fait.

Par exemple, si le montant de la masse des héritages et droits immobiliers qui composent le douaire, est de 20,000 livres; que le douairier soit en outre créancier de la succession de son père, par rapport à son douaire, d'une somme de 14,000 livres; et que le montant de ce qui doit être imputé sur le douaire pour les donations qui lui ont été faites, soit de 18,000 livres; il se

fait d'abord une compensation jusqu'à due concurrence, de cette somme de 18,000 liv. avec la créance de 14,000 liv. du douairier. Restera 4,000 liv. à imputer sur la masse des héritages et droits immobiliers. L'héritier ou le curateur prendra dans ladite masse des biens jusqu'à concurrence de ladite somme de 4,000 liv.; et cette masse se trouvera réduite, pour ce qui en restera au douairier, à la somme de 16,000 livres.

388. Est-ce l'héritier (ou le curateur à la succession, à défaut de l'héritier), qui doit choisir dans la masse les biens qui doivent former les 4,000 liv. qu'il doit en retrancher; ou est-ce au contraire au douairier à y choisir ceux qui doivent former les 16,000 liv. qu'il doit avoir?

Je crois que ce choix ne doit être laissé ni à l'un ni à l'autre, mais à des arbitres, qui, en observant, autant qu'il sera possible, l'égalité entre les parties, choisiront des biens dans la masse, pour former les 4,000 liv. que l'héritier a droit d'en retrancher : et s'ils ne pouvaient faire au juste la somme de 4,000 liv. en biens de ladite masse, ils en retrancheraient pour quelque chose de plus, en chargeant la succession du père d'un retour en deniers envers le douairier, pour ce qu'ils en auraient retranché de plus que ladite somme de 4,000 liv.; ou ils en retrancheraient pour quelque chose de moins, en chargeant le douairier envers la succession du père, d'un retour en deniers pour ce qu'ils en auraient retranché de moins.

389. Lorsque le montant des choses données se trouve excéder la valeur du douaire, l'enfant qui a pris la qualité de douairier, peut-il, en renonçant entièrement au douaire, conserver tout ce qui lui a été donné?

Je pense qu'il le peut. Lorsque la coutume de Paris, en l'article ci-dessus, n° 352, dit que « *Celui qui veut avoir le douaire, doit restituer ce qu'il a eu* « *et reçu de son père, ou moins prendre sur le douaire,* » elle ne veut dire autre chose, sinon qu'un enfant donataire ne peut avoir douaire outre la donation. Par ces termes dont elle se sert, *celui qui veut avoir le douaire,* elle déclare assez qu'elle n'oblige à la restitution du don, que l'enfant *qui veut avoir le douaire,* et non celui qui n'en veut point, et qui y renonce entièrement.

On opposera peut-être qu'un enfant qui a une fois pris qualité d'héritier, ne peut plus, en offrant de s'abstenir de prendre part dans les biens de la succession, se dispenser du rapport des choses données : donc, dira-t-on, un enfant qui s'est une fois porté douairier, ne doit plus pareillement être reçu à offrir de renoncer au douaire, pour se dispenser de la restitution des donations qui lui ont été faites.

La raison de différence est, que ce n'est pas à cause de la part que l'enfant qui s'est porté héritier de son père, prend dans les biens de la succession de son père, qu'il est obligé au rapport des donations qui lui ont été faites : il y serait obligé, quand même il ne se trouverait dans la succession aucuns biens à partager, tout ayant été vendu par les créanciers. C'est la seule qualité d'héritier qui l'oblige à ce rapport, parce que nos lois municipales ne permettent pas qu'entre plusieurs enfants héritiers d'un même père, l'un soit plus avantagé que les autres; et ayant une fois pris la qualité d'héritier, il ne peut plus cesser de l'être; *semel hæres, semper hæres :* car la qualité d'héritier n'est pas la qualité d'un simple successeur à des biens qu'on peut cesser d'avoir en les abandonnant; c'est la qualité de successeur à la personne du défunt, à tous ses droits actifs et passifs, dont celui qui s'en est une fois revêtu ne peut plus se défaire. L'enfant qui a une fois pris la qualité d'héritier, ne peut donc plus se dispenser du rapport. On ne peut rien dire de semblable de l'enfant donataire qui a pris la qualité de douairier. Cet enfant n'est obligé au rapport des donations qui lui ont été faites, que parce que la loi ne permet pas qu'il ait un douaire outre et par-dessus des donations qui lui ont été faites par son père. N'étant donc tenu à rendre ce qui lui a été donné qu'à cause du douaire qu'il prend dans les biens de son père, il peut, quoiqu'il ait pris la

qualité de douairier, retenir tout ce qui lui a été donné, en renonçant absolument au douaire et en n'y prenant rien. Le douaire est une succession à certains biens : un enfant n'est plus douairier, quoiqu'il en ait pris la qualité, lorsqu'il renonce à ces biens, et qu'il n'y prend rien.

ART. III. — De quand le douairier doit-il compter des fruits et des intérêts de ce qui lui a été donné.

Nous examinerons cette question en deux cas : — 1° dans le cas auquel le père est mort après sa femme ; — 2° dans le cas auquel il est mort avant sa femme.

§ Ier. *Premier cas.*

390. La question ne souffre aucune difficulté dans le premier cas, auquel le père est mort après sa femme. On doit établir en ce cas comme un principe certain, « que le douairier qui, pour conserver son douaire, rend à la succession de son père ce qui lui a été donné par son père, doit compter des fruits des héritages qu'il rend en nature, et des intérêts des sommes dont il tient compte, depuis le même jour depuis lequel les fruits des héritages sujets au douaire appartiennent au douairier, et depuis lequel (lorsque le douaire consiste en une somme d'argent) les intérêts de cette somme commencent à courir à son profit. »

C'est pourquoi, dans les coutumes où le douairier est saisi de plein droit de son douaire du jour de son ouverture, c'est-à-dire du jour de la mort de son père, tous les fruits à recueillir sur les héritages sujets au douaire, devant depuis ce jour lui appartenir, et, lorsque le douaire consiste en une somme d'argent, les intérêts de cette somme commençant dès ce jour à courir à son profit, c'est aussi de ce jour que le douairier qui rend à la succcession de son père ce qui lui a été donné par son père, doit tenir compte des fruits et des intérêts.

Dans les coutumes où le douairier n'est pas saisi de plein droit de son douaire, les fruits des héritages sujets au douaire n'étant dus au douairier que du jour de la demande, et, lorsque le douaire consiste en une somme d'argent, les intérêts ne lui en étant dus que dudit jour, ce n'est aussi que dudit jour que le douairier doit compter à la succession de son père, des fruits des héritages et des intérêts des sommes qu'il doit rendre à la succession ; ou, lorsqu'il n'y a pas de demande du douaire, du jour que l'héritier ou le curateur en a mis le douairier en possession, sans attendre qu'il l'ait demandé.

S'il n'y avait qu'une partie des héritages sujets au douaire, qui fût située sous une coutume où le douaire doit être demandé, *putà*, le quart, et que le surplus fût situé sous une coutume où le douaire est saisi de plein droit, le douairier donataire ne serait tenu de compter du quart des fruits des héritages, et du quart des intérêts des sommes qu'il doit rendre, que du jour de la demande qu'il a faite de son douaire, ou du jour que, sans demande, il en a été mis en possession; et il doit compter du surplus desdits fruits et intérêts, du jour de l'ouverture du douaire.

§ II. *Deuxième cas.*

391. Le cas auquel le père est mort avant sa femme, souffre plus de difficulté. La veuve jouit en ce cas, pendant sa vie, du douaire en tout son entier, sans aucune diminution des donations qui ont été faites à son enfant douairier; son mari n'ayant pu, par ces donations, donner aucune atteinte au droit qu'elle a de jouir de tout le douaire. Dans ce cas l'enfant douairier, qui ne doit jouir du douaire qu'après la mort de sa mère, doit-il néanmoins compter des fruits des héritages qui lui ont été donnés, et des intérêts des sommes qui lui ont

été données, du jour que les fruits et les intérêts du douaire ont commencé à appartenir à sa mère? — Nous avons traité cette question *suprà*, n° 364 : nous y renvoyons, pour ne pas répéter.

CHAPITRE V.

Comment se partage le douaire, et quels enfants y font part.

§ Ier. *Entre quels enfants se fait ce partage ; et quels sont ceux qui y font part.*

392. Après l'ouverture du douaire, le douaire se partage entre les enfants qui y ont droit.

Ceux qui n'y ont jamais eu de droit, ne sont pas comptés, et n'y font pas de part.

Tels sont ceux qui sont prédécédés sans laisser aucun enfant qui les représente ; car étant décédés avant l'ouverture du douaire, ils n'ont pu jamais y avoir aucun droit. On ne doit pas compter non plus ceux qui, lors de l'ouverture du douaire, n'ont plus l'état civil, qu'ils ont perdu, soit par la profession religieuse, soit par une condamnation à une peine capitale ; car étant retranchés de la société civile, ils sont incapables d'aucun droit.

On ne doit pas compter non plus celui qui a été exhérédé par le père pour une juste cause; car l'exhérédation le prive de tout droit aux biens de son père; du droit de venir au douaire, comme de celui de venir à sa succession.

393. Doit-on compter l'enfant qui pourrait avoir part au douaire en renonçant à la succession, mais qui s'en est exclu en prenant la qualité d'héritier ? — Oui. Il se fait confusion de la part qu'il eût eu droit d'avoir dans le douaire, plutôt qu'elle n'est vacante ; il est censé s'en être payé dans les biens de la succession qu'il a recueillie. Sa part ne doit donc pas accroître aux autres douairiers; mais elle doit demeurer confondue dans la succession. C'est pourquoi si, de quatre enfants qu'un père a laissés, il y en a un qui a accepté la succession, et trois qui se sont tenus au douaire, l'héritier ne doit payer à chacun des trois douairiers que le quart du douaire ; l'autre quart demeure confondu dans la succession.

La coutume de Valois en a une disposition en l'art. 110, où il est dit : « Aucun ne peut être héritier et douager; mais en acceptant la succession du père, « la part et portion du douaire contingente audit acceptant est confuse en ladite succession en sa personne. »

Celle de Senlis, art. 186, dit pareillement: « Si le père va de vie à trépas, « délaissés plusieurs enfants, l'un desquels renonce, et accepte le douaire, et « les autres se portent héritiers ; celui qui aura renoncé à la succession, n'aura « audit douaire que telle part et portion que si les autres se fussent déclarés « douairiers et non héritiers. »

Les dispositions de ces coutumes étant fondées sur les principes de la matière, doivent être suivies dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées.

394. Il en est de même lorsque, de quatre enfants, trois sont douairiers, et le quatrième a renoncé tant à la succession qu'au douaire, pour se tenir aux donations qui lui ont été faites par son père : sa part n'accroît pas aux autres enfants, qui ne peuvent prétendre que leur quart du douaire. La raison est, que la part qu'avait droit de prétendre dans le douaire l'enfant renonçant, n'est pas vacante : cet enfant en est payé par les donations qui lui ont été

faites. Son père, en les lui faisant, est censé les lui avoir faites en paiement de ce qui lui revenait pour sa part dans le douaire, et en avoir libéré sa succession.

395. Il y a plus de difficulté lorsque celui des enfants qui renonce tant à la succession qu'au douaire, y renonce gratuitement, sans avoir rien reçu de son père. Duplessis (ch. 4, sect. 4) décide que la part de ce renonçant accroît en ce cas aux autres enfants douairiers, qui peuvent en conséquence prétendre le total du douaire. La raison est, que le douaire est une espèce de substitution et de fidéicommis légal dont la loi charge le père au profit des enfants qui naîtront du mariage, lesquels y sont appelés, *collectivè, conjunctim, nullis adscriptis partibus*; que ces enfants sont, par rapport à ce fidéicommis légal, *conjuncti re et verbis, inter quos est locus juri accrescendi.* Lorsque les enfants d'une personne sont appelés *conjunctim, nullis adscriptis partibus*, à une substitution, par une donation ou par un testament, il y a lieu entre eux au droit d'accroissement, et la part de celui qui renonce à la substitution accroît aux autres : pourquoi n'y aurait-il pas pareillement lieu dans le cas de cette espèce de substitution à laquelle il sont appelés par la loi ou par la convention du douaire ?

Le parlement de Normandie a embrassé l'opinion contraire, il est dit en l'art. 89 de ses arrêts : « Les enfants n'auront pas le tiers entier, si tous n'ont renoncé : mais celui qui aura renoncé, aura la part audit tiers, qu'il aurait eue si tous avaient renoncé.»

Lemaître, sur la coutume de Paris (tit. 11, ch. 2), s'est aussi décidé contre l'accroissement. Les raisons qu'il rapporte pour son opinion me paraissent faibles. Il dit que le douaire est une créance que les enfants ont contre la succession de leur père ; que la renonciation que fait l'un d'eux au douaire, est une remise qu'il fait de la part qu'y a l'héritier de son père, qui en est le débiteur ; que c'est l'héritier, à qui la remise est faite, qui en doit profiter.

La réponse est, qu'une substitution est pareillement une créance que les substitués ont contre l'héritier du grevé qui en est le débiteur. Cela n'empêche pas qu'il n'y ait lieu entre les substitués au droit d'accroissement des parts de ceux qui les répudient. Lorsque l'un des substitués répudie la substitution, on ne doit pas dire qu'il fait remise de sa part à l'héritier qui en est le débiteur ; on doit plutôt dire que par la renonciation qu'il fait à la part qu'il eût pu prétendre, il n'y a jamais eu de part, et que le total est demeuré à ses cosubstitués, *jure non decrescendi, magis quàm jure accrescendi.* Pareillement, lorsqu'un des héritiers renonce gratuitement au douaire, on ne doit pas dire qu'il fait remise de sa part à la succession du père, qui en est débitrice ; mais plutôt qu'en renonçant à la part qu'il eût pu y prétendre dans le douaire, il n'y a jamais eu aucune part et que le total doit demeurer aux autres enfants : *Utrobiquè eadem ratio, utrobiquè idem jus statuendum est.*

396. Si l'enfant qui a renoncé gratuitement au douaire, avait déclaré expressément, par une clause de l'acte de renonciation, qu'il y renonçait en faveur de la succession de son père, il n'est pas douteux en ce cas, qu'il n'y aurait pas lieu au droit d'accroissement, et que la part de ce renonçant doit rester dans la succession. L'enfant, dans ce cas, est censé avoir accepté la part qu'il avait droit d'avoir dans le douaire, et en avoir disposé au profit de la succession de son père, pour qu'il s'y trouvât de quoi acquitter les dettes de son père, et faire honneur à sa mémoire.

§ II. *Comment se fait le partage entre les douairiers.*

397. Lorsque le douaire est un douaire préfix qui consiste en une rente ou en une somme d'argent, il n'y a pas de partage à faire ; chacun y a sa part.

Lorsqu'il consiste en héritages, le partage doit s'en faire entre les douairiers,

comme se font les partages entre des copropriétaires. *V.* à cet égard notre *Traité du Contrat de Société*, et le premier *Appendice.*

Tout ce qu'il y a à observer à l'égard de ce partage, c'est que le fils aîné qui a renoncé à la succession de son père, et qui partage le douaire avec ses frères et sœurs, n'a aucune prérogative dans les biens féodaux qui le composent. La coutume de Paris, art. 250, s'en explique. Il y est dit sur la fin : « Se partit le « douaire, soit préfix, soit coutumier, entre eux (enfants), sans droit d'aînesse « ou prérogative. »

Cette disposition de la coutume de Paris fait à cet égard le droit commun, et s'observe dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées. La raison est, que les coutumes n'accordent le droit d'aînesse au fils aîné qu'*en succession;* or, le titre de douaire n'est pas titre de succession, puisqu'il faut au contraire renoncer à la succession pour être douairier, comme nous l'avons vu *suprà.*

Il y a néanmoins quelques coutumes, comme Normandie, art. 402, et Valois, qui ont conservé à l'aîné le droit d'aînesse dans le partage du douaire.

On doit suivre à cet égard la coutume des lieux où les héritages féodaux qui se trouvent composer le douaire, sont situés. Par exemple, si parmi les héritages qui forment et composent le douaire, il y a quelques héritages féodaux situés sous la coutume de Valois, l'aîné y prendra son droit d'aînesse, tel qu'il est réglé par cette coutume ; mais il ne le prendra pas dans les autres héritages féodaux dont le douaire est composé, s'ils sont situés sous des coutumes qui n'ont pas une pareille disposition.

298. Si l'aîné se portait héritier, et que les puînés se portassent douairiers, l'aîné pourrait-il prétendre son droit d'aînesse sur les héritages féodaux qui composeraient le douaire, de même qu'il a droit de le prétendre sur les biens féodaux dont le père a fait donation à ses puînés?

Duplessis (ch. 4, sect. 2) tient avec raison la négative. Il y a une grande différence entre le douaire et les donations. Le droit d'aînesse est à la vérité une espèce de légitime due à l'aîné, à laquelle il n'est pas permis au père de donner atteinte par des donations de biens féodaux qu'il ferait à ses puînés : mais le douaire n'est pas une donation ; c'est une créance qui n'est pas sujette au retranchement pour la légitime, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 292.

Cela a lieu dans les coutumes où le douaire est propre aux enfants.

Dans celles où il est personnel à la femme, lorsque, par une convention du contrat de mariage, on est convenu que les enfants auraient la propriété du douaire, le douaire des enfants est en ce cas regardé comme une donation qui leur est faite par leur père, comme nous l'avons observé *ibidem.* C'est pourquoi, dans ces coutumes, les parts que les puînés ont dans les biens féodaux qui le composent, ne peuvent donner atteinte au droit d'aînesse du fils aîné qui s'est porté héritier de son père.

FIN DU TRAITÉ DU DOUAIRE.

APPENDICE

AU

TRAITÉ DU DOUAIRE.

DU DROIT D'HABITATION.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

1. Quelques coutumes accordent aux veuves, outre le douaire, un *droit d'habitation*.

On stipule aussi quelquefois par les contrats de mariage une *habitation* pour la femme, *au cas qu'elle survive*.

Comme ce droit tient beaucoup du douaire, et qu'il en est une espèce d'extension, il fera la matière d'un appendice au *Traité du Douaire*.

De même qu'il y a deux espèces de douaire, le *douaire coutumier* et le *conventionnel*, on peut aussi distinguer deux espèces de droit d'*habitation*; l'*habitation coutumière*, et l'*habitation conventionnelle*.

Nous traiterons de chacune séparément.

SECT. Ire. — DU DROIT D'HABITATION COUTUMIÈRE.

2. On peut définir ce droit, le droit que la loi municipale accorde à une veuve, outre le douaire, d'habiter pendant sa vie, ou du moins pendant sa viduité, dans une des maisons de la succession de son mari [1].

---

[1] Nos lois actuelles n'ont point reproduit cet avantage au profit de la veuve : seulement au cas de communauté, *V.* art. 1465, C. civ.

Art. 1465 : « La veuve, soit qu'elle « accepte, soit qu'elle renonce, a droit, « pendant les trois mois et quarante « jours qui lui sont accordés pour faire « inventaire et délibérer, de prendre « sa nourriture et celle de ses domes- « tiques sur les provisions existantes, « et, à défaut, par emprunt au compte « de la masse commune, à la charge « d'en user modérément.—Elle ne doit « aucun loyer à raison de l'habitation « qu'elle a pu faire, pendant ces délais, « dans une maison dépendante de la « communauté, ou appartenant aux « héritiers du mari; et si la maison « qu'habitaient les époux à l'époque de « la dissolution de la communauté, « était tenue par eux à titre de loyer, « la femme ne contribuera point, pen- « dant les mêmes délais, au paiement « dudit loyer, lequel sera pris sur la « masse. »

Et au cas du régime dotal, *V.* art. 1570, C. civ.

Art. 1570 : « Si le mariage est dis- « sous par la mort de la femme, l'in- « térêt et les fruits de la dot à resti- « tuer courent de plein droit au profit « de ses héritiers depuis le jour de la « dissolution.—Si c'est par la mort du « mari, la femme a le choix d'exiger « les intérêts de sa dot pendant l'an du

Nous verrons sur le droit d'habitation,

1° Si la femme peut renoncer à ce droit par le contrat de mariage, et quand elle est censée y avoir renoncé ;

2° Quelle est la variété des coutumes par rapport aux personnes auxquelles elles accordent ce droit ;

3° Quelle est la variété des coutumes par rapport à ce qui fait l'objet de ce droit;

4° A quoi s'étend le droit d'habitation que les coutumes accordent à la veuve;

5° Quelles sont les charges ;

6° Comment il s'éteint ;

7° Par quelle coutume doit se régler ce droit d'habitation.

ART. Ier. — Si la femme peut valablement renoncer, par le contrat de mariage, au droit d'habitation que les coutumes lui défèrent, et quand paraît-elle y avoir renoncé.

3. Nous avons vu en notre *Traité du Douaire*, n° 3, qu'on pouvait valablement convenir par le contrat de mariage, que la femme n'aurait aucun douaire. Par la même raison, dans les coutumes qui accordent aux veuves un droit d'habitation, une femme peut, par le contrat de mariage, valablement renoncer à ce droit; car, outre que les contrats de mariage sont susceptibles de toutes conventions, il est permis à chacun de renoncer à un droit qui n'est établi qu'en sa faveur.

4. Lorsqu'il est porté par le contrat de mariage que les parties se sont mariées suivant une telle coutume; si cette coutume à laquelle elles se sont soumises, est du nombre de celles qui n'accordent aux veuves aucun droit d'habitation, la femme est censée, par sa soumission à cette coutume, avoir renoncé au droit d'habitation.

Il en serait autrement si le contrat portait seulement que la communauté serait régie suivant une telle coutume; car cette convention ne s'applique qu'à ce qui concerne la communauté, et n'embrasse pas les autres droits qui résultent du mariage.

5. Lorsqu'il est porté par le contrat de mariage, « que la femme n'aura pas de douaire », est-elle censée avoir, par cette convention, renoncé pareillement au droit d'habitation

La raison de douter est, que le droit d'habitation paraît faire en quelque façon partie du douaire, et être en conséquence compris dans cette convention : néanmoins on doit décider pour la négative, parce que le droit d'habitation, quoiqu'il soit une espèce d'extension du douaire, est néanmoins un droit distingué du douaire; ce qui suffit pour que la convention d'exclusion du douaire n'y puisse être étendue, cette convention, qui est très exorbitante du droit commun, n'étant pas susceptible d'extension.

6. Lorsque par le contrat de mariage il a été convenu que la femme aurait une certaine habitation, la femme est-elle censée, par cette convention d'habitation conventionnelle, avoir renoncé au droit d'habitation qui lui serait déféré par les coutumes?

L'affirmative ne doit pas souffrir difficulté dans les coutumes qui décident que le douaire conventionnel exclut le coutumier. La même raison qui fait présumer que la femme, dans ce cas, se contente du douaire convenu, et qu'elle renonce en conséquence à celui que la loi lui défère, doit faire présumer pareillement que la femme qui est convenue par le contrat de mariage, de cer-

« deuil, ou de se faire fournir des aliments pendant ledit temps aux dépens de la succession du mari; mais, « dans les deux cas, l'habitation durant cette année, et les habits de deuil, doivent lui être fournis sur la « succession, et sans imputation sur les « intérêts à elle dus. »

taines choses pour son habitation, s'est contentée de cette habitation, et a renoncé à celle que la loi lui défère.

Au contraire, dans les coutumes, telles que celle du Grand-Perche, qui donnent à la veuve le choix du douaire coutumier ou du conventionnel, la convention de douaire n'étant pas regardée comme une renonciation au douaire que la coutume défère, et que la femme peut en conséquence choisir au lieu du conventionnel, il paraît que, suivant l'esprit de ces coutumes, la convention d'une certaine habitation par le contrat de mariage, ne doit pas être regardée comme une renonciation faite à celle que la loi défère, et que la femme peut en conséquence, dans ces coutumes, avoir le choix de l'habitation, ou de celle qui est portée par la convention, ou de celle que la coutume défère.

ART. II. — De la variété des coutumes sur la qualité des veuves à qui elles accordent un droit d'habitation [1].

7. Il y a beaucoup de variété dans les coutumes, par rapport au droit d'habitation.

La première espèce de variation concerne la qualité des veuves auxquelles les coutumes accordent ce droit d'habitation.

Un grand nombre de ces coutumes n'accordent ce droit qu'aux nobles : d'autres l'accordent expressément à la veuve *noble* ou *roturière;* comme Sedan, art. 213 : enfin, il y en a qui ne s'expliquent point sur la qualité des veuves auxquelles elles accordent ce droit.

Il n'est pas douteux que dans celles-ci les veuves roturières, aussi bien que les nobles, doivent avoir ce droit, suivant la maxime : *Ubi lex non distinguit, nec nos debemus distinguere.*

A l'égard des coutumes qui n'accordent ce droit qu'aux veuves nobles, la première question qui se présente est de savoir, si, lorsqu'une femme noble de naissance, a épousé un roturier, cette femme, qui, à la mort de son mari, reprend sa qualité de noble, doit avoir ce droit d'habitation que ces coutumes accordent aux veuves nobles?

Ces coutumes se sont exprimées différemment. La plupart s'expriment ainsi, *entre nobles*. Ces termes, *entre nobles*, supposent clairement la noblesse dans les deux conjoints, tant dans le mari que dans la veuve : c'est pourquoi il ne peut guère être douteux dans ces coutumes, que la veuve d'un roturier quoiqu'elle soit noble de naissance, ne peut être fondée à demander le droit d'habitation.

Cela reçoit encore moins de doute dans les coutumes qui disent expressément, *la veuve d'un noble*, etc.

La coutume d'Anjou, art. 309, celle du Maine, art. 322, disent simplement, *femme noble*, etc.; mais ce qui est dit ensuite, *mais ainsi n'est pas de la femme d'un roturier*, fait assez connaître que par ces termes, *femme noble*, ces coutumes ont entendu, *la femme d'un noble*.

Il pourrait y avoir un peu plus de difficulté dans celle de Péronne, qui dit simplement, *femme noble*, sans s'expliquer ailleurs de ce qu'elle entend par *femme noble*. Néanmoins je pense que, même dans cette coutume, ces termes, *femme noble*, doivent s'entendre de la femme d'un noble.

La raison est, que le droit qui accorde une habitation aux veuves, est un droit qui n'a été adopté que par l'état de noblesse de cette province ; le tiers-état ne s'y est pas soumis : d'où il suit que la veuve d'un homme du tiers-état n'est pas fondée à prétendre une habitation dans la succession de son mari, lequel étant du tiers-état, n'est pas soumis à ce droit.

---

[1] Il est bien évident que les questions examinées dans cet article ne peuvent s'élever aujourd'hui.

8. La seconde question est de savoir si la veuve d'un noble, lorsqu'elle est de naissance roturière, a, dans ces coutumes, le droit d'habitation?

Il faut décider qu'elle a ce droit. Son mariage l'a rendue participante de la noblesse de son mari : elle en a toutes les prérogatives et tous les droits, et par conséquent le droit d'habitation.

9. La troisième question est de savoir, si, dans les coutumes qui n'accordent aux veuves le droit d'habitation qu'entre nobles, la veuve d'un homme qui jouissait d'une noblesse personnelle, et non transmissible, telle que celle qui est attachée à plusieurs offices, est fondé à prétendre ce droit dans la succession de son mari?

Je ne l'y crois pas fondée. La noblesse de son mari étant finie avec lui, sa succession qui lui survit, n'est pas une succession noble. C'est pourquoi, dans les coutumes qui ont des règles différentes pour le partage des successions des nobles, et pour celui des sucessions des non-nobles, on juge que la succession de ces personnes ne doit pas se partager noblement. Par la même raison, il me paraît qu'on doit décider que les veuves de ces personnes ne sont pas fondées à demander le droit d'habitation dans la succession de leurs maris, dans les coutumes qui n'accordent qu'entre nobles le droit d'habitation, les successions de ces personnes n'étant pas des successions nobles.

10. Enfin, la dernière question est de savoir, si, dans ces coutumes, pour que la veuve puisse prétendre le droit d'habitation, il suffit que son mari fût noble lors de son décès, quoiqu'il ne le fût pas encore lorsque les parties ont contracté leur mariage?

Je crois que cela suffit; car ce n'est que lors du décès du mari, que la loi accorde et défère ce droit à la veuve; ce n'est donc que dans ce temps qu'on doit considérer la condition du mari. En cela le droit d'habitation est différent du douaire [1]; *V. infrà*, n° 19.

Art. III. — De la variété des coutumes sur la chose qui fait l'objet du droit d'habitation.

11. Il y a une très grande variété dans les coutumes, sur ce qui fait l'objet du droit d'habitation qu'elles accordent à la femme.

Première variété. — La coutume de Saint-Quentin, tit. 5, art. 95, donne à la veuve *une maison de celles sujettes à son douaire*, c'est-à-dire, de celles qui font partie des biens immeubles que son mari avait dès le temps des épousailles, ou qui lui sont venues depuis de ses père et mère, et autres parents de la ligne ascendante, que la veuve prend par préciput avant le partage desdits biens. Au contraire, la plupart des autres coutumes donnent à la veuve, pour son habitation, une des maisons qui se trouvent dans la succession de son mari, sans distinguer si elles font partie, ou non, des biens sujets au douaire coutumier.

12. *Seconde espèce de variété.* — La coutume de Montreuil, art. 41, dit « que la femme douairière n'a aucune part au château et forteresse de la seigneurie où elle a son douaire, lequel château appartient en entier à l'héritier; sauf à elle à prendre son habitation dans la basse cour et autres édifices. » Celle d'Amiens et celle de Boullenois ne permettent pas non plus à la douairière de prendre, pour son habitation, un château ou lieu fort. Au contraire, les coutumes de Clermont, Reims, Saint-Quentin, lui permettent de prendre même une forteresse pour son habitation.

---

[1] Il n'y a aucune différence aujourd'hui entre les nobles et les non nobles, quant aux droits. *V.* art. 62, Charte.

Art. 62 : « La noblesse ancienne reprend ses titres, la nouvelle conserve « les siens. Le roi fait des nobles à « volonté; mais il ne leur accorde que « des rangs et des honneurs, sans au- « cune exemption des charges et des « devoirs de la société. »

13. *Troisième espèce de variété.*— Lorsqu'il y a plusieurs maisons dans la succession du mari, les coutumes de Vitry, Laon, Châlons, Noyon et plusieurs autres, donnent à la veuve le choix de celles qu'elle voudra pour son habitation. Au contraire, les coutumes de Beauquesne, de Tours, de Loudunois, de Grand-Perche, de Bourbonnais, ne donnent le choix à la veuve qu'après que l'héritier aura choisi une maison pour lui.

14. *Quatrième variété.* —Lorsqu'il n'y a qu'une maison dans la succession du mari, la plupart des coutumes n'en donnent que la moitié à la femme pour son habitation. Celles de Châlons et de Sedan ne restreignent l'habitation de la veuve à la moitié, que lorsque la maison est assez spacieuse pour être partagée en deux appartements, de l'un desquels elle donne le choix à la veuve ; mais lorsqu'elle n'est pas assez spacieuse pour qu'une partie soit un logement suffisant pour cette veuve, selon son état, elle donne la maison entière à la veuve pour son habitation. Celles de Noyon et de Péronne donnent indistinctement la maison entière à la veuve pour son habitation, lorsqu'il n'y en a qu'une. Au contraire, la coutume du Grand-Perche permet seulement à la femme de demeurer pendant un an et jour dans la maison où demeurait son mari, lorsqu'il n'y en a pas d'autres dans la succession, et elle ne lui donne au surplus aucune habitation. La coutume de Tours, lorsqu'il n'y a d'autre maison dans la succession du mari que celle où il est mort, accorde à la veuve sa demeure dans la dite maison, *au cas auquel elle et les héritiers y puissent, avec elle, commodément loger :* d'où il paraît suivre que si la maison n'est pas assez spacieuse pour loger l'héritier et la veuve, elle n'accorde en ce cas à la veuve aucune habitation.

15. Quelque variété qu'il y ait entre les coutumes sur ce qui fait l'objet du droit d'habitation, elle conviennent toutes en un point, qui est, qu'elles n'accordent à la veuve ce droit d'habitation que sur quelques maisons de la succession du mari ; que s'il n'y en a aucune, il n'y a pas lieu au droit d'habitation. Celle d'Amiens, art. 120, s'en explique ; elle dit : *L'héritier est tenu bailler à la veuve maison de douaire ; mais quand il n'y en a, n'est tenu de lui en bailler.* Celle de saint Paul, tit. 6, art. 46, dit pareillement : *S'il n'en avait, la femme n'en aurait point.* Cela se doit supposer dans les autres coutumes,

16. Si le mari ne laissait à sa mort qu'une maison grevée de substitution au profit de ses enfants, la veuve pourrait-elle, nonobstant la substitution, y prétendre son habitation ?

La raison de douter est, que nous avons vu en notre *Traité du Douaire*, n°s 61 et suiv., que suivant une ancienne jurisprudence, confirmée par l'ordonnance de 1747, la douairière a le droit, à défaut de biens libres, de prendre son douaire sur les biens grevés de substitution ; or, comme nous l'avons dit *suprà*, n° 1, le droit d'habitation tient de la nature du douaire, et en est, dans les coutumes qui l'accordent à la veuve, une espèce d'extension ; il doit donc, de même que le douaire, se prendre, à défaut de biens libres, sur les biens grevés de substitution.

Nonobstant ces raisons, je pense que la douairière n'a pas ce privilége pour son droit d'habitation : car il est de la nature des priviléges de n'être pas susceptibles d'extension. Celui que la douairière a pour son douaire sur les biens grevés de substitution, ne doit pas s'étendre à son droit d'habitation, qui ne fait pas proprement partie du douaire, mais qui en est seulement une espèce d'extension, et un droit qui en est distingué.

ART. IV. — A quoi s'étend le droit d'habitation que les coutumes accordent aux veuves.

17. Le droit d'habitation que les coutumes accordent à une veuve dans une des maisons de la succession de son mari, comprend généralement tout ce qui fait partie de cette maison ; c'est pourquoi la coutume de Péronne, art. 141, dit

que la femme doit avoir la maison *avec les jardins et fossés pour sa demeure.* Celle de Ribemont, tit. 9, art. 91, dit, avec toutes les aisances et commodités, fût-ce hors la maison, pourvu qu'elles aient été destinées à l'aisance et commodité d'icelle, comme caves, greniers, celliers et autres.

18. On fait une autre question, qui est de savoir, si la veuve a droit de louer à son profit la maison que la coutume lui donne, lorsqu'elle ne veut pas l'occuper par elle-même?

Il faut distinguer deux cas. Le premier cas est celui auquel la femme a l'habitation d'une maison entière. On dit pour l'affirmative, dans ce cas, qu'étant indifférent à l'héritier du mari propriétaire de la maison dans laquelle la femme a droit d'habitation, qu'elle soit occupée par la femme elle-même ou par un locataire, il est sans intérêt pour empêcher la femme de donner à loyer cette maison. D'ailleurs Justinien, par la loi 13, Cod. *de Usufr. et habit.* permet expressément à ceux qui ont un droit d'habitation, de donner à loyer la maison sujette à ce droit, sans être tenus d'y habiter eux-mêmes.

Au contraire, pour la négative, on peut dire que Justinien, en permettant à celui qui a droit d'habitation, de donner à loyer la maison en entier, en demeurant ailleurs, a confondu les notions naturelles que nous avons des différents droits de servitudes personnelles. De tous les droits, il n'y a que celui d'usufruit qui renferme non seulement le droit d'user, c'est-à-dire, le droit de se servir, mais encore celui d'en *jouir, jus utendi fruendi*, c'est-à-dire, d'en percevoir toute l'utilité et tous les revenus: c'est ce que contient ce *jus fruendi.* Les autres droits de servitudes personnelles ne sont qu'un simple droit d'user de la chose pour un certain usage. Le droit d'habitation n'est autre chose que le droit que celui à qui il appartient, a d'user et se servir de la maison, pour l'habiter avec sa famille. Justinien, en lui donnant le droit de donner à loyer la maison en entier, sans y demeurer lui-même, confond cette servitude avec l'usufruit: il lui donne le droit de *jouir*, qui n'appartient qu'à l'usufruitier; car le pouvoir de vendre et de louer l'usage d'une chose à d'autres, sans s'en servir pour lui-même, est ce en quoi consiste la jouissance d'une chose. Dans nos provinces qui ne sont pas régies par le droit écrit, et où nous n'empruntons des lois romaines que ce qui nous paraît conforme à la raison, nous pouvons abandonner sur le droit d'habitation la décision de Justinien, et nous en tenir à l'ancien droit qui s'observait avant lui, comme plus conforme aux notions naturelles des choses, lequel ne permettait pas à celui qui n'a qu'un droit d'habitation, de donner à loyer la maison entière, en demeurant ailleurs, mais qui lui permettait seulement, comme par grâce, lorsqu'il habitait la maison avec sa famille, de prendre avec lui un étranger pour occuper ce qu'il avait de trop, et d'en retirer un loyer. On doit d'autant plus borner à cela l'habitation de la femme, que cette habitation dans une des maisons de son mari, paraît lui être accordée pour conserver la mémoire de son mari, plutôt que pour en tirer du profit[1].

A l'égard de l'objection qu'on fait, qu'étant indifférent au propriétaire de la maison par qui elle soit occupée, il est sans intérêt pour empêcher la femme d'en jouir, la réponse est, que, lorsque la femme abandonne le droit qu'elle a d'habiter la maison, en allant demeurer ailleurs, il a intérêt de reprendre la jouissance de sa maison, faute par la femme d'user de son droit; et d'empêcher la femme de s'attribuer, en louant la maison, une jouissance de cette maison qui ne lui appartient pas.

Dans le second cas, lorsque le droit d'habitation de la femme ne consiste que

---

[1] *V.* art. 633 et 634, C. civ., qui consacrent la décision de Pothier.

Art. 633 : « Le droit d'habitation se « restreint à ce qui est nécessaire pour « l'habitation de celui à qui ce droit « est concédé, et de sa famille. »

Art. 634 : « Le droit d'habitation ne « peut être ni cédé ni loué. »

dans un appartement de la maison qui s'est trouvée la seule dans la succession du mari, il est sans difficulté qu'elle ne peut louer ni céder à d'autres cet appartement; l'héritier du mari, qui demeure dans la maison, ayant intérêt qu'elle ne mette pas à sa place, dans cet appartement, des locataires dont le voisinage pourrait ne lui pas convenir.

19. Enfin on demande si la femme a droit d'obliger l'héritier de son mari à mettre en bon état la maison qu'elle a choisie pour y avoir son habitation ?

Je crois qu'elle n'y est pas fondée. Le droit d'habitation est un droit que la coutume n'accorde à la veuve qu'au temps du décès de son mari. De même qu'elle ne lui donne ce droit qu'autant qu'il se trouvera quelque maison dans la succession de son mari, de même elle ne lui donne ce droit sur une desdites maisons qu'en l'état auquel elles se trouvent. En cela ce droit, que la loi seule accorde à la veuve, est différent de celui qu'elle aurait stipulé par le contrat de mariage. Le mari ayant dès ce temps contracté l'obligation envers sa femme de lui donner après sa mort l'habitation d'une maison, a contracté dès ce temps envers elle l'obligation de conserver la maison en tel état que la femme puisse jouir de l'obligation qu'il lui a promise: l'héritier du mari succède à cette obligation, et il est tenu en conséquence de la remplir, lorsque le défunt ne l'a pas remplie, et de mettre la maison en bon état, lorsqu'elle n'y est pas au temps de la mort du mari[1].

Au contraire, lorsque la veuve n'a d'autre droit d'habitation que celui que la loi lui donne au temps de la mort de son mari; le mari n'ayant contracté envers elle aucune obligation au temps de son mariage, par rapport à ce droit d'habitation, son héritier ne peut être obligé à autre chose qu'à laisser jouir la veuve de son droit d'habitation dans la maison qu'elle a choisie pour son droit d'habitation, en l'état que cette maison se trouve.

Cette différence a été très-bien observée par la coutume de Ribemont. Elle dit, art. 98, qu'après que la veuve a choisi une maison pour son habitation, *Ne seront tenus les héritiers de la réparer et de la mettre en autre état qu'en l'état qu'elle se trouve.* Elle ajoute ensuite en l'article suivant: *Autre chose est quand la douairière, par spéciale convention, doit avoir maison certaine; car en ce cas l'héritier la doit bailler à la douairière en bon et suffisant état.*

Le droit d'habitation est aussi différent en cela du douaire coutumier. Le mari contracte l'obligation du douaire coutumier dès en se mariant; il s'oblige dès ce temps envers sa femme à lui laisser, au cas qu'elle lui survive, la moitié en usufruit de tous les héritages et autres immeubles qu'il a eus au temps des épousailles, et de ceux qui lui adviendront de ses père et mère, et autres parents de la ligne ascendante, pendant le mariage; il s'oblige dès ce temps à lui conserver cet usufruit: c'est pourquoi, s'il se trouve diminué par les dégradations qu'il a faites aux héritages sujets à ce douaire, ou par défaut d'entretien, sa succession en doit être tenue envers la douairière: mais le mari n'ayant contracté aucune obligation par rapport au droit d'habitation, la veuve doit prendre la maison qu'elle a choisie pour son droit d'habitation, en l'état qu'elle se trouve.

20. Quoique les héritiers du mari ne soient pas obligés de mettre la maison en bon état, néanmoins, après l'expiration du temps que doit durer l'habitation de la femme, les héritiers du mari ne peuvent rentrer dans la maison qu'en remboursant la femme, ou, quoique ce soit, les héritiers de la femme, des impenses qu'elle a faites pour mettre la maison en bon état: cela est fondé sur un grand principe d'équité, qu'il n'est jamais permis de s'enrichir aux dépens d'autrui. Faute par l'héritier du mari d'offrir ce remboursement, les

---

[1] Ne pourrait-on pas dire que celui qui a un droit d'habitation, comme celui qui a un droit d'usufruit, prend les choses dans l'état où elles sont: il y a parité de motifs, *ubi eadem ratio, ibi idem jus;* la décision de Pothier est favorable, sans doute, mais elle nous paraît un peu extensive.

héritiers de la femme ont droit de retenir la maison jusqu'à ce qu'ils soient payés par les jouissances de la maison, des impenses faites par la femme.

La femme, pour se ménager, après l'expiration de son droit d'habitation, le remboursement de ces impenses, doit, peu après la mort de son mari, faire constater l'état des réparations qui étaient à faire à la maison qu'elle a choisie pour son habitation, par un procès-verbal d'experts fait contradictoirement avec l'héritier du mari, ou par défaut contre lui [1].

ART. V. — Des charges du droit d'habitation.

21. La veuve qui jouit d'une maison pour son droit d'habitation, doit acquitter les charges foncières ordinaires et extraordinaires de la maison, qui naissent pendant tout le temps de la durée de son droit d'habitation : elle doit souffrir les servitudes auxquelles la maison est sujette, enfin elle doit faire les réparations d'entretien qui surviennent à faire pendant ledit temps de son habitation.

Plusieurs coutumes se sont expliquées sur cette charge de l'entretien de la maison. Celle de Clermont dit que la veuve *la doit entretenir de clôture et de couverture*. Celle de Noyon dit, *de pel torche et couverture*, *comme usufruitière doit faire*. Celles d'Amiens, de Monstreuil, disent *de pel verge et couverture*. D'autres coutumes disent simplement qu'*elle doit l'entretenir*.

Ce que nous avons dit en notre *Traité du Douaire*, part. 1re, chap. 5, art. 3, des charges de l'usufruit de la douairière par rapport aux héritages sujets au douaire, peut recevoir ici une entière application [2].

Lorsque la veuve ne jouit, pour son droit d'habitation, que d'une partie de la maison, elle ne doit être tenue desdites charges qu'à proportion de la partie dont elle jouit. C'est ce qui résulte de la loi 18, ff. *de Us. et hab.*, où Paul décide que la charge de l'entretien d'un héritage ne se partage entre le propriétaire de l'héritage et celui qui en a l'usage, que lorsqu'il reste une partie des fruits au propriétaire ; mais lorsque le droit d'usage les absorbe en entier, celui qui a le droit d'usage en est seul chargé.

La décision de cette loi condamne l'opinion de ceux qui pensent que la personne qui n'a qu'une habitation bornée à un appartement, n'est tenue, de même qu'un locataire, qu'aux réparations locatives de l'appartement qu'elle occupe, et qu'elle ne doit contribuer aucunement à l'entretien ni aux charges du fonds. Ce droit d'habitation dans une partie de la maison, est très différent de celui d'un locataire. Celui-ci n'a aucun droit dans le fonds, et il ne doit pas être par conséquent tenu des charges du fonds ; il est seulement tenu des réparations locatives, parce qu'elles sont présumées provenir de son fait ou de sa faute, ou de celle de ses domestiques [3] : mais la personne qui a un droit

---

[1] L'art. 599, C. civ. (*V.* ci-dessus p. 414, note 2) que nous croyons applicable à celui qui a un droit d'habitation, nous paraît exiger une autre décision. Quant à la raison d'équité, invoquée par Pothier, on peut répondre que ces impenses ont été exécutées dans l'intérêt de celui auquel compétait le droit d'habitation, c'était pour habiter plus commodément qu'il réparait.

[2] *V.* art. 635, C. civ.

Art. 635 : « Si l'usager absorbe tous « les fruits du fonds, ou s'il occupe la « totalité de la maison, il est assujetti « aux frais de culture, aux réparations « d'entretien, et au paiement des con- « tributions, comme l'usufruitier. — S'il « ne prend qu'une partie des fruits, ou « s'il n'occupe qu'une partie de la mai- « son, il contribue au prorata de ce « dont il jouit. »

[3] C'est dans le même esprit qu'a été rédigé l'art. 1754, C. civ., qui énumère les réparations locatives ou de menu entretien dont le locataire est tenu.

d'habitation dans un appartement d'une maison, a un droit dans le fonds ; le fonds lui appartient *aliquatenùs* par rapport à ce droit : il doit donc contribuer à l'entretien et aux charges de ce fonds, à proportion de la jouissance de ce fonds, que le droit qu'il y a lui donne.

ART. VI. — Des différentes manières par lesquelles s'éteint le droit d'habitation de la veuve.

22. Le droit d'habitation étant un droit de servitude personnelle dont la maison que la femme a choisie pour son habitation, est chargée envers elle, il doit, de même que tous les autres droits de servitude personnelle, s'éteindre par la mort, soit naturelle, soit civile, de la veuve à qui ce droit appartient.

23. Le droit d'habitation s'éteint pareillement *non utendo*, lorsque la veuve n'a pas joui de son droit : il s'éteint aussi *consolidatione*, de même que tous les autres droits de servitude, lorsque la veuve acquiert, à quelque titre que ce soit, la propriété de la maison dans laquelle elle avait ce droit. *Voy.* notre *Traité du Douaire*, part. 1, chap. 6.

24. Il s'éteint aussi par la destruction de la maison dans laquelle la veuve a son droit d'habitation, *putà*, lorsquelle a été incendiée par le feu du ciel [1].

25. La veuve peut-elle en ce cas prétendre jouir de la place et du prix qu'ont été vendus les matériaux ?

Nous avons, contre la subtilité du droit romain, décidé pour l'affirmative à l'égard de l'usufruit qu'a la douairière dans les maisons sujettes à son douaire ; mais je crois qu'on doit décider le contraire à l'égard du simple droit d'habitation. La raison de différence est, que le droit d'usufruit est *jus fruendi ;* c'est le droit de percevoir tous les revenus que la chose chargée de cette servitude peut produire. Il est vrai que l'usufruitier en doit jouir comme un bon père de famille, et qu'il ne peut en conséquence la faire servir à d'autres usages qu'à ceux auxquels le propriétaire, comme bon père de famille, la ferait servir : mais un bon père de famille, propriétaire d'une maison qui viendrait à être incendiée, s'il ne jugeait pas à propos de la rebâtir, tirerait de la place qui en reste, les revenus dont une place nue est susceptible, en la louant pour les usages auxquels elle peut servir, *putà*, pour faire un chantier. L'usufruitier d'une maison qui par l'incendie se trouve réduite à une place nue, a donc le droit de percevoir les revenus dont une place nue est susceptible. Il n'en est pas de même du droit d'habitation : ce n'est pas *jus fruendi*, lequel comprend toute l'utilité, tous les revenus que la chose peut produire ; c'est *jus habitandi*, le droit d'habiter la maison, de s'y loger ; or il est évident que ce droit ne peut plus avoir lieu, la maison chargée de cette servitude se trouvant réduite à une place nue [2].

26. La veuve qui a perdu son droit d'habitation par l'incendie ou la ruine de la maison dans laquelle elle avait ce droit, est-elle fondée à demander à l'héritier, qu'il lui donne une autre maison pour son habitation, lorsqu'il y en a plusieurs dans la succession du mari ?

Je ne crois pas qu'elle y soit fondée. Dans les coutumes qui donnent un droit d'habitation à la veuve, l'héritier est débiteur, envers la veuve, d'une habitation dans une des maisons de la succession : la délivrance qu'il a faite à la veuve d'une maison de la succession, pour y avoir son habitation, est un paiement qu'il lui fait de la chose dont il était débiteur envers elle, qui le libère entiè-

---

[1] *V.* art. 625, C. civ.
Art. 625 : « Les droits d'usage et « d'habitation s'établissent et se per- « dent de la même manière que l'u- « sufruit. »

[2] Il ne peut y avoir le moindre doute aujourd'hui, puisque même l'usufruit serait éteint. *V.* art. 624, C. civ., 1er alinéa, ci-dessus, p. 313, note 1.

rement de cette dette; *Solutione extinguitur obligatio*. Quelque chose donc qui arrive par la suite, la veuve ne peut être fondée à rien demander à cet héritier, qui, par le paiement qu'il lui a fait, est quitte envers elle.

27. Il n'en est pas de même lorsque la veuve a été évincée de la maison qui lui avait été délivrée pour son habitation. La raison est, que suivant les principes établis en notre *Traité des Obligations*, nos 540 et 543, un paiement n'est valable qu'autant que le créancier acquiert irrévocablement par ce paiement la chose qui lui est payée; et il est censé n'avoir pas été valable, lorsqu'il a été par la suite évincé de cette chose par une éviction dont la cause ou le germe existait dès le temps du paiement.

Suivant ces principes, lorsque la veuve a été évincée de la maison qu'on lui avait délivrée pour son habitation, l'héritier du mari est censé ne s'être pas acquitté envers elle de son obligation de lui fournir une habitation : la veuve en conséquence a le droit de choisir pour son habitation une autre maison, s'il s'en trouve encore plusieurs dans les biens de la succession; et s'il n'en restait qu'une, elle aurait droit de l'avoir, soit pour le total, soit pour partie, suivant les différentes dispositions qu'ont les différentes coutumes pour le cas auquel il n'y a qu'une maison dans la succession; celle dont elle a été évincée ne devant pas être comptée.

S'il n'y avait aucune autre maison dans les biens de la succession, la femme n'aurait, pour cette éviction, aucun recours contre l'héritier du mari, qui ne doit une habitation à la veuve qu'autant qu'il y a quelque maison dans la succession, comme nous l'avons vu *suprà*.

28. Le droit d'habitation de la veuve s'éteint lorsqu'elle passe à un autre mariage. Plusieurs coutumes, comme Laon, Reims, etc., en ont des dispositions expresses. Il en doit être de même dans celles qui ne s'en sont pas expliquées. La jurisprudence des arrêts l'a décidé à l'égard de l'habitation accordée à la femme par son contrat de mariage. Il y a, entre autres, un arrêt du 14 juillet 1760, qui a déclaré la veuve de Me Andrieu, avocat, déchue de plein droit, par son convol en secondes noces avec le sieur de Mauron, du droit d'habitation qui lui avait été accordé par son contrat de mariage avec ledit Andrieu, quoique les parties ne s'y fussent pas expliquées sur le cas du convol à un autre mariage. Il y a même raison de le décider à l'égard de l'habitation que les coutumes accordent à la veuve, sans s'expliquer sur le cas du convol à d'autres noces. La raison est que la femme, par le mariage qu'elle contracte, acquérant le domicile de son second mari, c'est dorénavant à son second mari à lui fournir son logement: les héritiers du premier doivent donc cesser d'être obligés à lui fournir l'habitation que la loi ou la convention lui avait accordée, et qui lui devient inutile. D'ailleurs la bienséance ne permet pas qu'elle introduise son second mari dans une maison dont l'habitation ne lui a été accordée qu'en considération de la mémoire du premier [1].

ART. VII. — Par quelle coutume doit-on décider si la veuve doit avoir un droit d'habitation.

29. Les coutumes qui accordent à la veuve un droit d'habitation dans une des maisons de la succession du mari, ayant pour objet des choses, sont des statuts réels, qui, suivant la nature des statuts réels, n'exercent leur empire que sur les choses qui y sont sujettes par la situation qu'elles ont dans leur

[1] Lorsque le droit d'habitation a été accordé par le contrat de mariage, sans la condition de rester en viduité, il ne doit point s'éteindre par le convol à secondes noces, et la femme aurait droit d'habiter avec son nouveau mari et les enfants qui naîtraient de ce second mariage.

territoire, et qui l'exercent sur ces choses, quelles que soient les personnes à qui elles appartiennent.

De là il suit qu'une veuve, quoique son mari fût domicilié sous une coutume qui accorde aux veuves un droit d'habitation, n'est pas fondée à le prétendre, si les maisons que son mari a laissées dans sa succession, sont situées sous une coutume qui n'accorde pas le droit d'habitation aux veuves; et qu'au contraire la veuve d'un mari, quoique domiciliée sous une coutume qui ne l'accorde pas, est fondée à le prétendre dans l'une des maisons de la succession de son mari, qui sont situées sous des coutumes qui accordent ce droit aux veuves.

20. Lorsque le mari a laissé dans sa succession plusieurs maisons situées sous différentes coutumes qui accordent à la veuve une maison pour son habitation, la femme est-elle fondée à prétendre une habitation dans chacune de ces coutumes ?

Pour l'affirmative, on dira que les coutumes sont indépendantes les unes des autres; que le droit qu'une coutume défère à quelqu'un sur les héritages situés dans son territoire, est indépendant de celui qu'une autre coutume lui accorde en ceux situés dans le sien; qu'on décide en conséquence, que lorsqu'un homme a laissé dans sa succession plusieurs manoirs féodaux, situés sous différentes coutumes, dont chacune accorde à l'aîné de ses enfants un manoir par préciput, l'aîné a droit de prendre un manoir par préciput dans les héritages situés en chacune de ces coutumes. Par la même raison, dira-t-on, une veuve peut être fondée à demander une habitation dans chacune des coutumes qui lui défèrent ce droit.

Nonobstant ces raisons, je pense que la veuve ne peut demander qu'une seule habitation, et la choisir dans toutes les maisons situées sous les différentes coutumes qui lui accordent ce droit. La raison est, que la veuve ne pouvant habiter qu'une maison, il est contre la nature de l'habitation, que la femme puisse avoir ce droit dans plusieurs maisons. C'est pourquoi, dans la disposition de chacune des coutumes qui défèrent à la veuve une habitation dans une des maisons soumises à leur empire, on doit sous-entendre cette condition tacite, pourvu qu'elle n'en ait pas choisi une ailleurs.

SECT. Ire. — DE L'HABITATION CONVENTIONNELLE.

21. On peut, soit dans les coutumes qui accordent aux veuves un droit d'habitation, soit dans celles qui ne le leur accordent pas, convenir par le contrat de mariage, que la femme aura son habitation dans quelqu'une des terres ou des maisons de son mari, au cas qu'elle lui survive.

Cette convention se fait de différentes manières.

Première espèce.—Quelquefois on convient par le contrat de mariage, que la future épouse, en cas de prédécès du futur, aura une telle maison pour son habitation.

Le droit d'habitation, dans cette espèce, comprend la maison entière, quelque spacieuse qu'elle soit. Le jardin, le colombier, n'en sont pas exceptés : la veuve a les fruits du jardin, et les pigeons du colombier [1].

22. Le droit d'habitation qui naît de la convention, convient en cela avec le légal; mais il a cela de plus que le légal, que la femme qui a ce droit par son

[1] Il ne faut pas sans doute trop restreindre l'habitation de la veuve, le rang de son mari, auquel elle a participé, doit être pris en grande considération, en un mot c'est une question de convenance; mais Pothier nous paraît donner beaucoup trop d'extension à ce droit, et l'art. 633, C. civ., (*V.* ci-dessus, p. 490, note 1) doit être appliqué, lorsque les parties n'ont rien réglé à cet égard : « ce qui est *nécessaire* pour l'habitation. »

contrat de mariage, peut obliger l'héritier du mari à mettre en bon état de réparations la maison dont l'habitation lui a été accordée par son contrat de mariage. Nous avons observé *suprà*, n° 19, les raisons de différence à cet égard entre l'un et l'autre droit [1].

A l'égard de toutes les réparations usufruitières qui surviennent depuis qu'elle est entrée en jouissance de son droit d'habitation, pendant tout le temps qu'il dure, la femme en est tenue de même qu'en est tenu un usufruitier, comme nous l'avons déjà observé en la section précédente.

34. La seconde espèce de convention d'habitation, est lorsque l'on convient, que la future, en cas de prédécès du futur, aura son habitation *dans un tel château*, ou *dans une telle maison* [2]. Le droit d'habitation qui résulte de cette convention, comme l'a fort bien remarqué l'auteur du *Traité des Contrats de Mariage* (Sérieux, ch. 5, § 20, *in fine*), est très différent de celui qui a lieu dans la première espèce. Au lieu que, dans la première espèce, la veuve a droit de jouir de la maison entière; dans celle-ci, au contraire, le droit d'habitation de la veuve se borne à un logement convenable que l'héritier du mari doit y donner à la veuve, sans même qu'elle ait le choix de l'appartement : elle n'a aucune part ni aux pigeons du colombier, ni aux fruits du jardin. Je pense néanmoins qu'on doit lui laisser la faculté de s'y promener.

35. Au reste, les deux espèces conviennent en ce que, dans l'une et dans l'autre, le droit d'habitation de la femme est déterminé à une certaine maison ; de manière que si cette maison vient à être détruite par le feu du ciel ou par quelque autre force majeure, sans avoir été rebâtie avant l'ouverture du droit d'habitation, la convention d'habitation demeure sans effet; et quand même le mari laisserait dans sa succession d'autres maisons, la femme ne serait pas fondée à prétendre un droit d'habitation dans quelqu'une desdites maisons en vertu de la convention d'habitation portée au contrat de mariage; l'habitation ne lui ayant été promise par ladite convention, que dans celle qui n'existe plus, et non dans les autres.

36. Mais si les maisons que l'homme a laissées dans sa succession, sont situées sous des coutumes qui déférent aux veuves un droit d'habitation, la veuve pourra prétendre le droit d'habitation que les coutumes lui déférent ; car elle n'est censée avoir renoncé à ce droit, par la convention d'habitation portée au contrat de mariage, qu'autant que cette convention aurait effet.

Il en serait autrement si la maison qui fait l'objet du droit d'habitation de la femme, qui lui a été accordé par son contrat de mariage, n'avait été détruite par une force majeure que depuis l'ouverture du droit d'habitation; car le droit d'habitation qui résulte de la convention, ayant été ouvert et acquis à la femme, a fait cesser celui que la loi lui déférait.

37. Lorsque la maison déterminée par la convention d'habitation, a péri par la faute du mari et le défaut d'entretien, la femme est fondée à demander, contre l'héritier du mari, une indemnité de la perte de son droit d'habitation qui en résulte; car le mari, en contractant par la convention portée au contrat

---

[1] Ce qui nous paraît fort douteux. *V.* ci-dessus, p. 491, note 1.

[2] Notre auteur admet une grande différence dans les effets entre les deux clauses suivrntes :

La veuve aura une telle maison pour son habitation, ou *la veuve aura son habitation dans une telle maison*. Il étend beaucoup la première et restreint notablement la seconde : cette distinction nous paraît plus subtile que solide : dans les deux cas, c'est le droit d'habitation qui est concédé ; dans les deux cas la maison est indiquée comme devant être le sujet sur lequel le droit s'exercera, et il nous paraît contraire à l'intention des parties de faire dépendre l'étendue du droit d'une différence de rédaction aussi peu frappante.

de mariage, l'obligation de donner à la femme l'habitation de cette maison, a contracté envers elle une obligation secondaire de conserver et d'entretenir tellement la maison, qu'il pût remplir à cet égard son obligation, suivant le principe établi en notre *Traité des Obligations*, n° 142.

En cela le droit d'habitation qui est formé et qui naît de la convention, est différent de celui que la loi défère.

38. Le droit d'habitation conventionnelle dans les deux espèces ci-dessus, diffère encore de celui que la loi défère. Celui-ci n'empêche pas le mari de disposer librement entre-vifs de ses maisons, la loi ne déférant le droit d'habitation qu'au temps de la mort du mari, et sur les maisons qui se trouvent dans sa succession. Au contraire, dans les deux espèces ci-dessus, la maison ayant été, par le contrat de mariage, déterminée et affectée à l'habitation de la femme, le mari n'a pu par son fait, par une aliénation volontaire, préjudicier au droit d'habitation de la femme dans ladite maison; et la femme peut en conséquence réclamer son droit contre les tiers détenteurs de ladite maison, à moins que l'héritier du mari ne lui donne un équivalent [1].

39. Une troisième espèce de convention d'habitation, est lorsqu'il est dit par le contrat de mariage, « que la future épouse, en cas de survie, aura pour son habitation un des châteaux de son mari. »

Dans cette espèce, de même que dans la première, la veuve doit avoir le château entier pour son habitation ; mais elle diffère de la première espèce, en ce qu'il n'est point déterminé. C'est pourquoi, dans cette espèce, lorsqu'il y en a plusieurs, l'héritier du mari peut assigner à la veuve celui qu'il jugera à propos pour son habitation : elle n'en doit avoir le choix que lorsqu'il lui a été expressément accordé par le contrat de mariage; sans cela le choix appartient au débiteur, suivant les principes établis en notre *Traité des Obligations*, n° 247.

40. Une quatrième espèce de convention d'habitation, c'est lorsqu'il est dit « que la veuve aura son habitation dans un des châteaux du mari ». Elle ne diffère de l'espèce précédente qu'en ce que, dans cette espèce, l'héritier du mari, quoiqu'il y ait plusieurs châteaux dans la succession du mari, n'est pas tenu de laisser à la veuve l'un des châteaux en entier pour son habitation ; il suffit qu'il lui assigne dans un des châteaux un appartement convenable [2].

41. Dans ces deux dernières espèces, l'objet de la convention étant indéterminé, la ruine qui survient, quoique sans le fait ni la faute du mari, de quelques-uns des châteaux ou maisons du mari, n'éteint pas le droit d'habitation résultant de la convention ; il suffit qu'il en reste un seul, pour que le droit soit conservé dans celui qui reste. Cela est conforme aux principes établis en notre *Traité des Obligations*, n° 250.

Mais lorsqu'après l'ouverture du droit d'habitation, l'héritier du mari a donné à la veuve une maison pour habitation, le droit d'habitation de la veuve étant, par le paiement qui lui a été fait, déterminé à cette maison, si par la suite elle vient à périr, sa perte éteindra le droit d'habitation.

42. Une cinquième espèce est, lorsqu'il est dit « que la future épouse, en cas de survie, aura, outre son douaire, une habitation », sans ajouter, *dans un des châteaux ou maisons du futur*.

Cette espèce diffère des précédentes, en ce que l'habitation stipulée par la femme n'étant pas, dans cette espèce, limitée aux châteaux ou maisons du mari; s'il ne se trouvait dans les biens du mari aucune maison qu'on pût donner à la veuve pour son habitation, l'héritier du mari serait tenu de lui payer

---

[1] *Utilitatis causâ*, on doit facilement admettre l'héritier du mari à fournir un équivalent, car, en droit strict, la veuve pourrait revendiquer son droit d'habitation.

[2] *V.* ci-dessus, p 496, note 2.

contrat de mariage, peut obliger l'héritier du mari à mettre en bon état de réparations la maison dont l'habitation lui a été accordée par son contrat de mariage. Nous avons observé *suprà*, n° 19, les raisons de différence à cet égard entre l'un et l'autre droit[1].

A l'égard de toutes les réparations usufruitières qui surviennent depuis qu'elle est entrée en jouissance de son droit d'habitation, pendant tout le temps qu'il dure, la femme en est tenue de même qu'en est tenu un usufruitier, comme nous l'avons déjà observé en la section précédente.

34. La seconde espèce de convention d'habitation, est lorsque l'on convient que la future, en cas de prédécès du futur, aura son habitation *dans un tel château,* ou *dans une telle maison*[2]. Le droit d'habitation qui résulte de cette convention, comme l'a fort bien remarqué l'auteur du *Traité des Contrats de Mariage* (Sérieux, ch. 5, § 20, *in fine*), est très différent de celui qui a lieu dans la première espèce. Au lieu que, dans la première espèce, la veuve a droit de jouir de la maison entière; dans celle-ci, au contraire, le droit d'habitation de la veuve se borne à un logement convenable que l'héritier du mari doit y donner à la veuve, sans même qu'elle ait le choix de l'appartement : elle n'a aucune part ni aux pigeons du colombier, ni aux fruits du jardin. Je pense néanmoins qu'on doit lui laisser la faculté de s'y promener.

35. Au reste, les deux espèces conviennent en ce que, dans l'une et dans l'autre, le droit d'habitation de la femme est déterminé à une certaine maison; de manière que si cette maison vient à être détruite par le feu du ciel ou par quelque autre force majeure, sans avoir été rebâtie avant l'ouverture du droit d'habitation, la convention d'habitation demeure sans effet; et quand même le mari laisserait dans sa succession d'autres maisons, la femme ne serait pas fondée à prétendre un droit d'habitation dans quelqu'une desdites maisons en vertu de la convention d'habitation portée au contrat de mariage; l'habitation ne lui ayant été promise par ladite convention, que dans celle qui n'existe plus, et non dans les autres.

36. Mais si les maisons que l'homme a laissées dans sa succession, sont situées sous des coutumes qui défèrent aux veuves un droit d'habitation, la veuve pourra prétendre le droit d'habitation que les coutumes lui défèrent ; car elle n'est censée avoir renoncé à ce droit, par la convention d'habitation portée au contrat de mariage, qu'autant que cette convention aurait effet.

Il en serait autrement si la maison qui fait l'objet du droit d'habitation de la femme, qui lui a été accordé par son contrat de mariage, n'avait été détruite par une force majeure que depuis l'ouverture du droit d'habitation; car le droit d'habitation qui résulte de la convention, ayant été ouvert et acquis à la femme, a fait cesser celui que la loi lui déférait.

37. Lorsque la maison déterminée par la convention d'habitation, a péri par la faute du mari et le défaut d'entretien, la femme est fondée à demander, contre l'héritier du mari, une indemnité de la perte de son droit d'habitation qui en résulte; car le mari, en contractant par la convention portée au contrat

---

[1] Ce qui nous paraît fort douteux. *V.* ci-dessus, p. 491, note 1.

[2] Notre auteur admet une grande différence dans les effets entre les deux clauses suivrntes :

La veuve aura une telle maison pour son habitation, ou *la veuve aura son habitation dans une telle maison.* Il étend beaucoup la première et restreint notablement la seconde : cette distinction nous paraît plus subtile que solide : dans les deux cas, c'est le droit d'habitation qui est concédé; dans les deux cas la maison est indiquée comme devant être le sujet sur lequel le droit s'exercera, et il nous paraît contraire à l'intention des parties de faire dépendre l'étendue du droit d'une différence de rédaction aussi peu frappante.

de mariage, l'obligation de donner à la femme l'habitation de cette maison, a contracté envers elle une obligation secondaire de conserver et d'entretenir tellement la maison, qu'il pût remplir à cet égard son obligation, suivant le principe établi en notre *Traité des Obligations*, n° 142.

En cela le droit d'habitation qui est formé et qui naît de la convention, est différent de celui que la loi défère.

38. Le droit d'habitation conventionnelle dans les deux espèces ci-dessus, diffère encore de celui que la loi défère. Celui-ci n'empêche pas le mari de disposer librement entre-vifs de ses maisons, la loi ne déférant le droit d'habitation qu'au temps de la mort du mari, et sur les maisons qui se trouvent dans sa succession. Au contraire, dans les deux espèces ci-dessus, la maison ayant été, par le contrat de mariage, déterminée et affectée à l'habitation de la femme, le mari n'a pu par son fait, par une aliénation volontaire, préjudicier au droit d'habitation de la femme dans ladite maison; et la femme peut en conséquence réclamer son droit contre les tiers détenteurs de ladite maison, à moins que l'héritier du mari ne lui donne un équivalent [1].

39. Une troisième espèce de convention d'habitation, est lorsqu'il est dit par le contrat de mariage, « que la future épouse, en cas de survie, aura pour son habitation un des châteaux de son mari. »

Dans cette espèce, de même que dans la première, la veuve doit avoir le château entier pour son habitation ; mais elle diffère de la première espèce, en ce qu'il n'est point déterminé. C'est pourquoi, dans cette espèce, lorsqu'il y en a plusieurs, l'héritier du mari peut assigner à la veuve celui qu'il jugera à propos pour son habitation : elle n'en doit avoir le choix que lorsqu'il lui a été expressément accordé par le contrat de mariage; sans cela le choix appartient au débiteur, suivant les principes établis en notre *Traité des Obligations*, n° 247.

40. Une quatrième espèce de convention d'habitation, c'est lorsqu'il est dit « que la veuve aura son habitation dans un des châteaux du mari ». Elle ne diffère de l'espèce précédente qu'en ce que, dans cette espèce, l'héritier du mari, quoiqu'il y ait plusieurs châteaux dans la succession du mari, n'est pas tenu de laisser à la veuve l'un des châteaux en entier pour son habitation; il suffit qu'il lui assigne dans un des châteaux un appartement convenable [2].

41. Dans ces deux dernières espèces, l'objet de la convention étant indéterminé, la ruine qui survient, quoique sans le fait ni la faute du mari, de quelques-uns des châteaux ou maisons du mari, n'éteint pas le droit d'habitation résultant de la convention ; il suffit qu'il en reste un seul, pour que le droit soit conservé dans celui qui reste. Cela est conforme aux principes établis en notre *Traité des Obligations*, n° 250.

Mais lorsqu'après l'ouverture du droit d'habitation, l'héritier du mari a donné à la veuve une maison pour habitation, le droit d'habitation de la veuve étant, par le paiement qui lui a été fait, déterminé à cette maison, si par la suite elle vient à périr, sa perte éteindra le droit d'habitation.

42. Une cinquième espèce est, lorsqu'il est dit « que la future épouse, en cas de survie, aura, outre son douaire, une habitation », sans ajouter, *dans un des châteaux ou maisons du futur.*

Cette espèce diffère des précédentes, en ce que l'habitation stipulée par la femme n'étant pas, dans cette espèce, limitée aux châteaux ou maisons du mari; s'il ne se trouvait dans les biens du mari aucune maison qu'on pût donner à la veuve pour son habitation, l'héritier du mari serait tenu de lui payer

---

[1] *Utilitatis causâ*, on doit facilement admettre l'héritier du mari à fournir un équivalent, car, en droit strict, la veuve pourrait revendiquer son droit d'habitation.

[2] *V.* ci-dessus, p 496, note 2.

par chacun an une somme à laquelle on arbitrerait que pourrait monter le loyer d'une maison ou d'un appartement convenable, suivant l'état de la veuve, dans la ville où était le domicile de son mari lors de sa mort.

43. Une sixième espèce, c'est lorsqu'il est dit par le contrat de mariage, « que la future épouse aura son habitation dans une des maisons de son mari, « ou une certaine somme d'argent par chacun an. »

Dans cette espèce, suivant la nature des obligations alternatives, l'héritier du mari a le choix de donner à la veuve l'une des deux choses, ou la rente d'une somme d'argent, ou une habitation, à moins que le choix n'eût été, par la convention, expressément accordé à la femme. Si, lors de la mort du mari, il ne restait dans sa succession aucune maison, le droit de la veuve subsisterait dans la rente viagère de la somme convenue, que l'héritier serait tenu de lui faire. *Voy.* notre *Traité des Obligations*, nos 247 et 250.

Mais lorsqu'après l'ouverture du droit d'habitation, l'héritier du mari a donné à la veuve une habitation en nature dans une des maisons de la succession du mari, l'obligation étant acquittée par ce paiement, et déterminée à cette habitation en nature, la ruine de cette maison qui arriverait par la suite, éteindrait entièrement son droit d'habitation sans qu'elle pût demander la rente.

FIN DE L'APPENDICE.

TRAITÉ
DE LA GARDE-NOBLE
ET BOURGEOISE.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

1. Le droit de garde-noble a lieu dans presque toutes les coutumes [1].
Il y en a néanmoins quelques-unes qui le rejettent expressément, comme Châlons, art. 9, qui dit : *Garde-noble et bourgeoise n'ont lieu.*

§ I. *Définition de la garde-noble et ses différents noms.*

2. On ne peut guère définir le *droit de garde-noble* d'une manière qui convienne à toutes les coutumes, parce qu'elles diffèrent beaucoup entre elles sur cette matière.

Selon le droit le plus commun, on peut définir le *droit de garde-noble*, le droit que la loi municipale accorde au survivant de deux conjoints nobles de percevoir à son profit le revenu des biens que ses enfants mineurs ont eus de la succession du prédécédé jusqu'à ce qu'ils aient atteint un certain âge, sous certaines charges qu'elle lui impose, et en récompense de l'éducation desdits enfants qu'elle lui confie [2].

3. Cette définition ne peut convenir à toutes les coutumes ; car il y en a qui étendent ce droit, soit par rapport aux personnes auxquelles elles le dé-

---

[1] Nous avons dans le Code civil, au titre de la *Puissance paternelle*, quelques dispositions qui ont probablement leur origine dans les principes adoptés autrefois pour la garde-noble et bourgeoise, comme nous le ferons remarquer dans le cours de ce traité ; mais en général cette institution *de garde-noble et bourgeoise* n'est point reproduite dans nos lois nouvelles.

[2] *V.* art. 384, C. civ., qui établit un droit de même nature.

Art. 384 : « Le père, durant le mariage, et, après la dissolution du mariage, le survivant des père et mère, « auront la jouissance des biens de « leurs enfants jusqu'à l'âge de dix-« huit ans accomplis, ou jusqu'à l'é-« mancipation qui pourrait avoir lieu « avant l'âge de dix-huit ans. »

Ce n'est pas simplement, comme le disait Pothier, le revenu *des biens que les enfants mineurs ont eus de la succession du prédécédé ;* mais c'est un droit d'usufruit universel, qui doit en conséquence s'étendre à tous les biens qui peuvent arriver aux enfants quel que soit le principe de cette acquisition, sauf les exceptions apportées par la loi.

fèrent, soit par rapport à ce qu'elles accordent au gardien; d'autres, au contraire, le restreignent [1].

4. Quelques coutumes l'étendent : 1° en accordant ce droit, non-seulement au survivant des deux conjoints nobles, mais aussi, à son défaut ou refus, aux aïeuls et aïeules des mineurs et même aux autres ascendants. D'autres même l'étendent jusqu'à leurs collatéraux [2].

D'autres encore étendent 2° ce droit en accordant au gardien, outre le revenu des immeubles, la propriété des meubles, et de ce nombre est notre coutume d'Orléans [3].

D'autres enfin restreignent au contraire ce droit au revenu des seuls immeubles; quelques-unes au revenu des seuls biens féodaux.

5. Ce droit, dans la plupart, s'appelle *garde*, dans d'autres *bail;* et celui à qui ce droit est déféré s'appelle *bail* ou *baillistre*. Quelques coutumes donnent à ce droit les deux noms de *garde* ou de *bail* indifféremment. Ces noms sont synonymes et signifient *gouvernement, administration.* Le *gardien,* le *bail* ou *baillistre* est celui à qui la coutume confie le gouvernement de l'éducation des mineurs, et auquel elle accorde pour cela le revenu de leurs biens.

6. De ce mot de *bail* est venu celui *baillif*, qui signifient l'officier à qui est confié le gouvernement et administration de la justice.

7. Dans notre coutume d'Orléans, la différence des personnes auxquelles le gouvernement des personnes des mineurs est confié, fait la différence de la garde du bail. Le gouvernement qui est confié au père ou à la mère qui a survécu, ou aux autres ascendants des mineurs, s'appelle *garde ;* celui qui est confié à leur *vitric*, qui a épousé leur mère qui avait la garde-noble, s'appelle *bail*, quoiqu'il ne diffère en rien de la garde, et ne soit autre chose qu'une continuation de la garde-noble qu'avait leur mère. Le *vitric* qui a ce bail, s'appelle *baillistre.* Notre coutume appelle aussi *bail* le gouvernement des personnes des mineurs nobles qu'elle accorde à leurs parents collatéraux nobles; mais ce *bail* dans notre coutume est très différent de la *garde-noble,* n'étant autre chose qu'une tutelle légitime comptable, notre coutume ne donnant point à ces baillistres le droit de percevoir les fruits des biens des mineurs, ni encore moins les meubles. Il est même tombé en désuétude.

§ II. *De l'origine de la garde-noble.*

8. L'origine de la garde-noble peut venir du droit des fiefs, depuis qu'ils furent devenus héréditaires. Comme ils ne laissaient pas d'être chargés du service militaire lorsque des mineurs succédaient à des fiefs, le seigneur, au lieu de les en investir, s'en mettait en possession, en percevait les fruits à son profit, en se chargeant de l'éducation des mineurs auxquels ils appartenaient, et cette jouissance durait jusqu'à ce que les garçons eussent atteint un certain âge auquel ils pussent rendre le service militaire, et jusqu'à ce que les filles eussent atteint l'âge de pouvoir se marier à un homme qui le rendît

---

[1] Cette variété a disparu par l'uniformité de législation pour toute la France.

[2] Cette jouissance est exclusivement attribuée au père durant le mariage, et après la dissolution du mariage, au survivant des père et mère. Les autres ascendants et les collatéraux ne peuvent jamais l'invoquer.

[3] Cet émolument est toujours limité à la jouissance, aucune propriété ni immobilière ni mobilière des biens des enfants n'est attribuée aux père et mère : cette disposition des coutumes qui accordait au gardien la propriété des meubles de l'enfant pouvait probablement être tolérable autrefois, la classe des biens meubles étant peu nombreuse et ne présentant pas une grande valeur; mais on comprend facilement qu'une pareille législation serait aujourd'hui fort désastreuse pour les enfants.

pour elles; c'est ce qui s'appelait *garde-seigneuriale*, qui a encore lieu en Normandie [1].

9. Depuis, les seigneurs se déchargèrent de cette garde sur le père ou autres parents mâles des mineurs, en les chargeant de l'éducation de ces mineurs, et leur laissant pour cela la jouissance des fiefs du mineur jusqu'à un certain âge desdits mineurs, à la charge de faire pour eux le service militaire.

Quoique les seigneurs aient été privés du droit qu'ils avaient de se faire la guerre, et qu'en conséquence l'obligation du service militaire, dont étaient tenus leurs vassaux, ait cessé, et qu'il ne reste plus d'autres traces de cette obligation que le service auquel sont obligés tous les possédants fiefs lorsqu'il plaît au roi de convoquer le ban et l'arrière-ban, néanmoins ce droit de garde a continué d'avoir lieu, et il a même été étendu, quoique dans son origine il ne convînt qu'au père et aux parents mâles : les coutumes l'ont également accordé à la mère pour les biens de la succession du père, lorsque c'était le père qui prédécédait.

10. Quoiqu'il n'eût lieu originairement que pour les seuls fiefs, et que ce droit se soit encore conservé aujourd'hui dans quelques coutumes, il a été, dans la plupart des autres coutumes, étendu à tous les biens de la succession du prédécédé des conjoints.

§ III. *De la garde-bourgeoise.*

11. Il y a une espèce de *garde-bourgeoise* que plusieurs coutumes, du nombre desquelles est notre coutume d'Orléans, admettent. Elle n'a aucune ressemblance avec la garde-noble, et n'est autre chose qu'une tutelle légitime qui ne donne au gardien aucun droit dans les biens des mineurs, puisqu'elle l'oblige à rendre compte des revenus, de la même manière qu'y est obligé tout autre tuteur.

12. Il y a une autre espèce de *garde-bourgeoise*, telle que celle qu'accorde la coutume de Paris. Elle est de même nature que la garde-noble, et n'en diffère qu'en ce que la durée en est plus courte, et que le gardien-bourgeois est obligé de donner caution.

On peut la définir, le droit que la loi municipale accorde au survivant de deux conjoints bourgeois de Paris, de percevoir, à son profit, le revenu des biens que ses mineurs ont eu de la succession du prédécédé, jusqu'à ce qu'ils aient atteint un certain âge, sous certaines charges qu'elle lui impose, et en récompense de l'éducation desdits enfants qu'elle lui confie.

13. Il y a quelques autres coutumes, comme Clermont, qui admettent aussi une *garde-bourgeoise* avec émolument pour le gardien; mais qui la restreignent à la jouissance des biens nobles des mineurs.

---

[1] Duplessis dit également, en parlant de la garde-noble : « Son origine vient « des fiefs, lesquels ne pouvant être « anciennement possédés qu'à la charge « de servir le seigneur en guerre, les « mineurs en étant incapables, cela « était cause que l'on donnait la garde « et l'usufruit de leurs fiefs à leur plus « proche parent, pour en faire la fonc- « tion d'eux, et à la charge de les nour- « rir jusqu'à ce qu'ils fussent en âge ; « ce qui attirait aussi l'usufruit de tous « les autres immeubles, d'où est arrivé « par la suite des temps qu'on a fait un « droit certain et réglé par la coutume, « sans plus considérer s'il y avait des « fiefs ou non, ni cette ancienne cause, « mais la seule minorité des enfants.

« De là vient que naturellement la « garde n'est que pour les nobles ; « mais les rois l'ont aussi accordée « par privilége aux habitants de Paris « qui ne sont pas nobles; de sorte que « dans cette coutume, il y a *garde-no-* « *ble* et *garde-bourgeoise* ; mais il y a « deux différences essentielles entre « l'une et l'autre : la première que la « garde-bourgeoise n'est jamais donnée « qu'aux père et mère, et la garde-no- « ble est aussi donnée aux aïeuls. »

14. Nous diviserons ce traité en cinq sections:

1° Dans la première, nous traiterons des personnes qui peuvent avoir, et de celles sur qui on peut avoir le droit de garde;

2° De l'ouverture et de l'acceptation de ce droit;

3° De ce en quoi il consiste; des émoluments de ce droit; des obligations du gardien et des charges de la garde.

4° Des manières dont la garde finit;

5° Nous verrons si les dispositions des coutumes touchant la garde sont personnelles ou réelles.

SECTION PREMIÈRE.

Des personnes qui peuvent avoir et de celles sur qui on peut avoir le droit de garde, tant noble que bourgeoise.

ART. Ier. — Des personnes qui peuvent avoir et de celles sur qui on peut avoir le droit de garde noble.

§ Ier. *A quelles personnes les coutumes défèrent-elles le droit de garde-noble?*

15. Les coutumes varient beaucoup sur les personnes auxquelles elles défèrent la garde-noble. Il y en a qui ne la défèrent qu'à celui des deux conjoints par mariage, qui a survécu l'autre, c'est-à-dire, au père ou à la mère seulement, et ne la défèrent point, à son défaut ou refus, aux autres ascendants, ni encore moins aux collatéraux; telles sont les coutumes du Maine et d'Anjou.

Il y en a qui la défèrent non-seulement au père et à la mère, mais à l'aïeul ou l'aïeule, sans parler des autres ascendants. De ce nombre est la coutume de Paris, art. 265.

16. Dans ces coutumes, si, au défaut ou refus du survivant, il ne se trouve aucun aïeul ni aïeule, mais un autre ascendant d'un degré plus éloigné, peut-il prétendre la garde?

La raison de douter est qu'il paraît une entière parité de raison pour l'accorder aux ascendants d'un degré plus éloigné, comme pour l'accorder à l'aïeul ou aïeule. Dans les coutumes qui l'accordent au père ou à la mère seulement, et en excluent les aïeuls, il paraît une raison pour laquelle la garde leur est plutôt déférée qu'aux aïeuls; le père ou la mère qui survit jouissait en commun avec le prédécédé des biens de la succession, la garde-noble ne fait que lui en continuer la jouissance, au lieu de l'en dépouiller et de l'en rendre comptable jusqu'à ce que ses enfants aient atteint l'âge de pouvoir en jouir eux-mêmes. Cette raison ne milite pas à l'égard de l'aïeul; on laisse plus facilement à quelqu'un ce qu'il a déjà, qu'on ne lui donne ce qu'il n'avait pas; et c'est pour cette raison que ces coutumes ne donnent la garde qu'au père ou à la mère qui a survécu, et qu'ils ne la donnent point, à son défaut ou refus, à l'aïeul ni aux autres ascendants; mais à l'égard des coutumes qui l'accordent à l'aïeul, la raison pour laquelle elles la lui accordent, paraît uniquement fondée sur la tendresse naturelle pour ses descendants, qui fait présumer qu'il ne négligera rien pour leur éducation. Cette raison se trouve également militer à l'égard des autres ascendants; les ascendants d'un degré plus éloigné, ayant la même affection pour leurs descendants que ceux d'un degré plus proche, puisque l'amour va toujours en descendant: qu'ayant donc même raison d'accorder le droit de garde aux ascendants d'un degré plus éloigné, comme pour l'accorder à l'aïeul, on doit présumer que l'esprit de ces coutumes a été de la leur accorder aussi bien qu'à l'aïeul, et que si elles ne s'en sont

pas exprimées comme ont fait d'autres coutumes, c'est par omission ou parce qu'elles ont entendu les comprendre sous les termes *d'aïeul et aïeule.*

Nonobstant ces raisons, je pense que le droit de garde doit être restreint dans la coutume de Paris ou autres semblables aux aïeuls ou aïeules. La raison en est que les coutumes étant de droit étroit, ne peuvent s'étendre à d'autres personnes qu'à celles qui sont comprises dans le sens naturel des termes, surtout lorsqu'il s'agit d'une disposition peu favorable, telle qu'est celle de la garde-noble, qui est contraire aux intérêts des mineurs, et tend à enrichir le gardien à leurs dépens.

17. La coutume de Paris appelle à la garde des mineurs les aïeuls et aïeules des mineurs indistinctement. Elle ne distingue point s'ils sont du côté du prédécédé des conjoints par mariage, ou s'ils sont du côté du survivant qui se trouve incapable de la garde-noble ou qui l'a refusée. C'est pourquoi il n'est pas douteux, dans la coutume de Paris, que, lorsque le survivant de deux conjoints par mariage se trouve incapable de la garde ou la refuse, elle est déférée à l'aïeul ou à l'aïeule noble qui se trouve, soit que cet aïeul soit du côté du survivant, soit qu'il soit du côté du prédécécé.

Que s'il s'en trouve, tant du côté du survivant, que du côté du prédécédé, concourront-ils, ou y aura-t-il lieu à quelque préférence?

Tronçon et Tournet (sur la coutume de Paris, art. 265 et suiv.) pensent que l'aïeul ou l'aïeule de la ligne paternelle doivent être préférés à l'aïeul ou l'aïeule de la ligne maternelle ; c'est aussi l'avis de Lemaître (tit. 12, ch. 1). Ces auteurs en accordant la préférence à la ligne paternelle ne distinguent point si c'est le père des mineurs qui est prédécédé ou si c'est leur mère.

Ces auteurs tirent un argument de la coutume de Blois qui, après avoir appelé, comme celle de Paris, à la garde-noble les aïeuls et aïeules, décide qu'en concurrence, *les mâles sont préférés aux femelles, et les paternels aux maternels.*

18. Il y a une autre opinion, qui est celle de Renusson (*Traité du Droit de garde-noble et bourgeoise*, ch. 2, nᵒˢ 20 et 21), qui pense qu'on doit en ce cas préférer l'aïeul ou aïeule du côté du prédécédé à ceux de l'autre côté ; car le droit de garde-noble s'exerçant sur les biens qui sont venus aux mineurs de la succession du conjoint prédécédé, il paraît plus naturel que le gouvernement et l'émolument de ces biens soient déférés à un aïeul ou aïeule du côté desquels ils viennent, qu'à l'aïeul ou aïeule de l'autre côté, auxquels ces biens sont étrangers.

La coutume de Reims, art. 330, s'est décidée pour cette préférence en fait de garde-noble.

19. Il y a une troisième opinion, qui est celle de Duplessis et de Ferrière (sur la coutume de Paris, art. 265 et suiv.), pour la concurrence.

Ils disent que les coutumes qui accordent une préférence aux aïeuls sur les aïeules, ou aux aïeuls d'un côté sur ceux de l'autre côté, n'étant point uniformes, les unes l'accordant au sexe masculin et à la ligne paternelle, les autres ne considérant, pour la préférence, que le côté d'où est venue la succession qui a donné ouverture à la garde, c'est-à-dire le côté du prédécédé des deux conjoints, on ne peut tirer aucun argument de ces coutumes pour celles qui n'ont point parlé de préférence, telle qu'est celle de Paris. Ce ne peut donc, disent-ils, être que sur des raisons purement arbitraires et nullement décisives que se fondent ceux qui, dans la coutume de Paris, accordent entre les aïeuls et aïeules une préférence, soit à la ligne paternelle, soit du côté du prédécédé ; c'est suppléer au texte de la coutume, que d'y suppléer l'une ou l'autre de ces préférences qui ne s'y trouvent point. D'où ils concluent que la coutume ayant appelé indistinctement les aïeuls et aïeules, lorsqu'il s'en trouve de différents côtés et de différents sexes, la garde-noble leur doit être déférée concurremment; de même que, selon le droit romain, la loi des Douze-Tables ayant appelé à la tutelle le plus proche parent, *proximus agnatus*, elle était déférée à tous ceux qui étaient au même degré. Il y a quelque inconvénient à la vérité dans

la concurrence; mais de même que la loi des Douze-Tables n'y avait pas eu d'égard, il y a lieu de penser que la coutume n'y a pas eu d'égard, puisqu'il ne paraît pas qu'elle ait accordé de préférence.

La question souffre difficulté, et il est étonnant qu'une question qui peut se présenter tous les jours, soit demeurée si indécise.

20. Il y a des coutumes qui défèrent la garde-noble aux ascendants, en quelque degré qu'ils soient, telles sont celles de Melun et de Montfort.

21. Notre coutume d'Orléans défère aussi la garde-noble à l'aïeul et à l'aïeule, et aux autres ascendants. Il est vrai que dans l'art. 23, qui est celui par lequel elle défère la garde-noble, elle ne parle que de l'aïeul et aïeule; mais en l'article 26, où il est encore question des nobles, la coutume ne parlant des non-nobles qu'en l'art. 32, il est dit : *Gardiens sont, père et mère, ayeul ou ayeule, ou autres ascendants,* d'où il suit que les ascendants d'un degré ultérieur peuvent avoir la garde-noble, et que l'art. 26, par les termes d'*aïeuls et aïeules,* a entendu les ascendants en quelque degré qu'ils fussent.

22. Notre coutume d'Orléans appelle à la vérité, au défaut ou refus du survivant, les ascendants des mineurs, en quelque degré qu'ils soient, mais elle n'appelle que ceux du côté du prédécédé des deux conjoints sur les biens de la succession duquel le profit de la garde est accordé; elle s'en explique en termes formels en l'art. 23, qui est celui par lequel elle défère ladite garde, elle dit : *Le survivant a et peut avoir, si bon lui semble, la garde d'iceux, et en leur défault ou refus, l'ayeul ou l'ayeule du costé du décédé si aucun y a.* Elle n'en appelle donc pas d'autres, *inclusio unius est exclusio alterius.* Il est vrai que dans l'art. 26, elle dit indistinctement : *Gardiens sont père et mère, ayeul ou ayeule, ou autres ascendants;* mais cet article 26 doit s'interpréter par l'article 23, qui est celui par lequel la coutume dispose de ceux auxquels elle entend déférer la garde-noble. Dans cet article 26, et dans le suivant, elle n'a d'autre objet que de distinguer les noms de *gardiens* et de *baillistres,* en déclarant qu'on donne le nom de *gardiens* aux père, mère, aïeul ou aïeule, et autres ascendants, et qu'on appelle d'un autre nom, savoir, du nom de *baillistre* l'homme à qui la mère ou l'aïeule noble s'est remariée et les collatéraux.

Il résulte de tout ceci que notre coutume fait trois degrés pour la garde des nobles; elle la défère dans le premier degré au survivant seul; dans le second, à toute l'ascendance du côté du prédécédé; dans le troisième, elle la défère sous le nom de *bail* aux collatéraux, art. 27, mais ce bail n'est qu'une tutelle légitime et n'est accompagné d'aucun émolument, comme l'est la garde-noble, qui est déférée au survivant, et celle qui l'est aux ascendants de la ligne du prédécédé.

23. Cet émolument a été ôté par l'art. 38 de l'ancienne coutume aux baillistres collatéraux qui en jouissaient autrefois comme il paraît par ledit article.

La privation de cet émolument a fait tomber en désuétude ce bail des collatéraux, ceux-ci se souciant fort peu d'accepter un bail qui n'est qu'onéreux dans notre coutume d'Orléans. Il n'est pas douteux qu'entre les ascendants du côté du prédécédé, ceux qui sont en plus proches degrés sont préférés à ceux qui sont en degrés plus éloignés. Par exemple : on doit préférer l'aïeul ou même l'aïeule au bisaïeul; mais s'ils se trouvent en degré égal comme deux bisaïeuls, il y a lieu à la même question que dans la coutume de Paris. Y aura-t-il lieu à la concurrence ou à la préférence ?

J'inclinerais à préférer le mâle, et en concurrence de mâle, le bisaïeul de la ligne paternelle du premier décédé.

24. Enfin, il y a des coutumes qui appellent à la garde-noble ou bail, même avec émolument, les collatéraux des mineurs à défaut d'ascendants; telle est la coutume du Berri. Elle ne leur accorde pas néanmoins le même émolument qu'aux ascendants, car elle donne à ceux-ci la propriété des meubles

avec la jouissance des immeubles, et elle ne donne aux collatéraux que la seule jouissance.

Il y a quelques coutumes qui, en appelant les collatéraux, à défaut d'ascendants, à la garde des mineurs, pour raison de leurs fiefs, les restreignent aux seuls collatéraux qui sont de la ligne d'où lesdits fiefs procèdent; telle est la coutume d'Amiens [1].

§ II. *Des qualités que doivent avoir ceux à qui la garde-noble est déférée.*

25. Il est évident que la garde-noble ne peut être déférée qu'à des nobles, l'aïeul qui n'est pas noble ne peut donc pas avoir la garde-noble de ses petits-enfants nobles.

La veuve d'un noble, quoiqu'elle soit de naissance roturière, peut avoir la garde-noble de ses enfants, car le mariage l'a rendue noble en la faisant participer à la condition de son mari.

26. Non seulement ceux qui sont nobles d'extraction peuvent avoir la garde-noble; ceux qui étant nés roturiers ont été anoblis, soit pour services rendus à l'Etat, soit par des charges de secrétaires du roi et autres semblables, peuvent pareillement l'avoir.

Il est évident que ceux qui sont morts civilement ne peuvent avoir la garde-noble de leurs enfants, le droit de garde-noble est un droit civil, et ceux qui sont morts civilement sont réputés comme n'existant point pour tout ce qui est de l'ordre civil.

27. En est-il de même à l'égard de ceux qui sont devenus infâmes par quelque sentence de condamnation à une peine infamante, telle qu'est une sentence de bannissement ?

Il semble que non, car l'infamie ne les prive pas de leur état de noblesse, à moins que la sentence de condamnation ne contienne spécialement la peine de dégradation de noblesse; elle ne les prive pas non plus du droit de puissance paternelle, ni par conséquent du droit de gouverner l'éducation de leurs enfants; elle ne doit pas les priver non plus du droit d'avoir l'émolument que les coutumes attribuent à ceux à qui elles confient cette éducation sous le nom de *garde-noble,* car ce droit est un droit de même nature que les droits de succession et autres, dont l'infamie ne prive point.

A l'égard de ceux qui sont interdits, non seulement pour démence, mais pour quelqu'autre cause que ce soit, comme pour prodigalité, ils sont incapables de la garde-noble; car ceux qui sont incapables de se gouverner eux-mêmes, ne peuvent être réputés capables de gouverner les autres.

28. Il n'en est pas de même de ceux à qui on aurait donné seulement un

---

[1] Le Code défère la tutelle aux ascendants, mais cette tutelle n'est accompagnée d'aucun émolument. *V.* art. 402, 403 et 404, C. civ. Les aïeuls n'ont point la jouissance légale.

Art. 402 : « Lorsqu'il n'a pas été « choisi au mineur un tuteur par le « dernier mourant de ses père et mère, « la tutelle appartient de droit à son « aïeul paternel; à défaut de celui- « ci, à son aïeul maternel, et ainsi « en remontant, de manière que l'as- « cendant paternel soit toujours pré- « féré à l'ascendant maternel du même « degré. »

Art. 403 : « Si, à défaut de l'aïeul « paternel et de l'aïeul maternel du « mineur, la concurrence se trouvait « établie entre deux ascendants du « degré supérieur qui appartinssent « tous deux à la ligne paternelle du « mineur, la tutelle passera de droit à « celui des deux qui se trouvera être « l'aïeul paternel du père du mineur. »

Art. 404 : « Si la même concurrence « a lieu entre deux bisaïeuls de la ligne « maternelle, la nomination sera faite « par le conseil de famille, qui ne « pourra néanmoins que choisir l'un « de ces deux ascendants. »

conseil pour les actes d'aliénation, ils ne doivent pas être pour cela réputés incapables d'avoir la garde-noble de leurs enfants; car une personne n'ayant besoin de conseil que pour les actes d'aliénation, et pouvant sans conseil administrer ses biens, elle peut aussi administrer ceux de ses mineurs, et par conséquent elle est capable de la garde ; que si on lui avait donné un conseil, même pour l'administration de ses biens, si ce n'était que pour cause d'infirmité, cette personne conservant son jugement, nonobstant ses infirmités, ne devrait pas même en ce cas être exclue de la garde, même dans les coutumes où la tutelle y est jointe; il suffirait de nommer aux mineurs un tuteur onéraire, qui, à la décharge et aux frais du gardien, administrerait les biens des mineurs; mais si le conseil avait été donné à cette personne pour cause de faiblesse d'esprit ou de mauvaise conduite, il semble qu'elle ne devrait pas être admise à la garde.

29. Les mineurs peuvent avoir la garde-noble de leurs enfants. Plusieurs coutumes le disent en termes formels, et leur disposition doit être suivie dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées, surtout dans celles où la garde est séparée de la tutelle, comme à Paris.

Les commentateurs attestent que l'usage en est constant; le mariage les ayant rendus capables d'administrer leurs propres biens, rien n'empêche que la garde de leurs enfants ne puisse leur être confiée.

Même dans les coutumes, telle que celle d'Orléans, qui unissent la tutelle à la garde, les mineurs ne doivent pas être privés de la garde de leurs enfants; l'usage en est constant; mais on doit en ce cas nommer un curateur pour le cas où il s'agirait de l'aliénation des biens de mineurs et pour les défendre en justice.

30. A l'égard des collatéraux auxquels notre coutume d'Orléans défère le bail des nobles, il n'y a que les majeurs qui en soient capables.

Il y a quelques coutumes, telle que celle du Maine, qui refusent au survivant mineur la garde-noble de ses enfants; mais elles doivent être restreintes à leur territoire.

§ III. *Sur quelles personnes la garde-noble a-t-elle lieu ?*

31. Les coutumes, de même que notre coutume d'Orléans, ne défèrent la garde-noble qu'aux nobles : elles ne la défèrent pareillement que sur les nobles. Un père qui n'a qu'une noblesse personnelle, qui n'est point transmissible à ses enfants, ne peut donc avoir la garde-noble de ses enfants, parce que ses enfants ne sont pas nobles.

Par exemple : un trésorier de France qui n'est point lui-même fils de trésorier de France, n'a point la garde-noble, parce que sa noblesse n'étant point transmissible au premier degré, ses enfants ne sont point nobles.

Au contraire, un trésorier de France qui est lui-même fils de trésorier de France, et un secrétaire du roi, ont la garde-noble de leurs enfants, parce que leur noblesse étant transmissible à leurs enfants, leurs enfants sont nobles.

32. Cette décision a lieu quand même il n'y aurait que très peu de temps qu'ils seraient revêtus de leurs charges ; car, aussitôt qu'ils en sont revêtus, ils communiquent à leurs enfants cette noblesse qu'ils acquièrent par leurs charges, et leurs enfants sont nobles comme eux; ce qui suffit pour qu'ils puissent en avoir la garde-noble, sans que, s'ils cessaient de leur vivant d'être officiers avant que d'avoir obtenu la vétérance, en perdant la noblesse, ils perdraient aussi le droit de garde-noble qu'elle leur avait acquis.

Ce principe que nous venons d'établir que la garde-noble n'a lieu que sur des mineurs nobles, ne souffre pas difficulté dans notre coutume d'Orléans : elle s'en explique formellement en l'art. 179. *Au regard des nobles mineurs*, etc. Et tel est l'usage.

33. Plusieurs autres coutumes s'en expliquent encore plus formellement.

La question souffre plus difficulté dans la coutume de Paris; elle porte, art. 265: *Il est loisible aux pères et mères, ayeuls ou ayeules nobles d'accepter la garde-noble de leurs enfans.* Elle ne distingue point si ces enfants sont eux-mêmes nobles ou non; c'est pourquoi plusieurs auteurs, tels que Auzanet (sur art. 265), Renusson (ch. 2, nº 51), Lemaître (tit. 12, ch. 1er), pensent qu'à Paris la femme noble, veuve d'un homme qui ne l'était pas, peut avoir la garde-noble de ses enfants qui ne sont pas nobles. Duplessis (sur art. 265) est d'avis contraire.

34. L'avis de Duplessis paraît le plus régulier: il est conforme à ce que nous avons dit de l'origine de la garde-noble: elle tire son origine de ce que les mineurs qui succédaient à des fiefs, ne pouvant rendre par eux-mêmes le service militaire dont les fiefs étaient chargés, il fallait confier la garde des mineurs et de leurs fiefs à des parents qui rendissent le service pour eux; or il n'y avait que les mâles qui fussent capables de posséder et de succéder à des fiefs; la garde-noble n'a donc été établie qu'à l'égard des mineurs nobles. Une autre raison qui a fait conserver le droit de la garde-noble, depuis que le service militaire a cessé, et qui l'a fait étendre aux autres biens, a été d'engager les gardiens, en leur laissant tout le revenu des mineurs, de ne rien épargner pour l'éducation de ces mineurs: or, la coutume n'a eu en vue en cela que les mineurs nobles et non les roturiers, dont l'éducation n'était pas dispendieuse, les roturiers n'étant communément autrefois élevés qu'au trafic, aux arts mécaniques, ou à la culture des terres.

35. Les personnes sur lesquelles la garde-noble peut avoir lieu, doivent aussi être au-dessous de l'âge réglé par les coutumes, passé lequel, la garde-noble ne peut plus avoir lieu.

Cet âge est différemment réglé par les coutumes. A Paris, les garçons ne sont plus sujets à la garde lorqu'ils ont l'âge de 20 ans, et les filles lorsqu'elles ont l'âge de 15 ans accomplis. A Orléans, les garçons doivent avoir 20 ans et un jour, et les filles 14 ans et un jour pour n'être plus sujets à la garde-noble.

ART. II. — Des personnes auxquelles est déférée la garde-bourgeoise, et des qualités qu'elles doivent avoir.

36. La coutume de Paris accorde un droit de garde aux non nobles, qui a les mêmes émoluments que la garde-noble, mais elle ne l'accorde qu'au père ou mère des mineurs qui a survécu; elle ne l'accorde point aux aïeuls ou aïeules. En cela comme en plusieurs autres choses, cette garde-bourgeoise diffère de la garde-noble.

Elle n'accorde pas cette garde indifféremment à toutes sortes de personnes, mais aux seuls bourgeois de Paris. C'est un des priviléges de la bourgeoisie de Paris.

37. Il n'est pas nécessaire pour en jouir d'être né à Paris: il suffit d'y avoir son domicile lors de la mort du prédécédé, qui donne ouverture à cette garde.

Il faut avoir pour cette garde toutes les autres qualités qui sont requises pour la garde-noble, sauf qu'il n'est pas nécessaire d'être noble.

Elle n'a lieu que sur les impubères. Les garçons, lorsqu'ils ont 14 ans, et les filles lorsqu'elles en ont 12 accomplis, ne sont plus sujets à cette garde.

38. La coutume d'Orléans défère aussi aux roturiers un droit de garde, mais sans aucun émolument. Elle n'est autre chose qu'un droit de tutelle légitime; elle la défère au père ou à la mère qui a survécu, et à leur défaut ou refus, à l'aïeul ou aïeule du côté du prédécédé, art. 178. Cela doit s'entendre néanmoins des ascendants, en quelque degré qu'ils soient, du côté du décédé.

Si on s'attache aux termes de cette coutume, l'aïeul ou l'aïeule ou autres ascendants du côté du survivant, ne sont point appelés à cette garde, mais seulement ceux du côté du prédécédé des deux conjoints: car, quoique par l'art. 33, au défaut ou refus du père ou de la mère des mineurs, l'aïeul ou aïeule soient

appelés à la garde, sans que cet article exprime aucune restriction pour le côte du prédécédé; néanmoins il se trouve restreint à ce côté par l'art. 178 où cette restriction est formellement exprimée.

39. Néanmoins l'usage a étendu le droit de cette garde, même aux ascendants du côté du survivant, lorsqu'il s'en trouve, et qu'il ne s'en trouve point du côté du prédécédé; et en cela cette garde diffère de la garde-noble. La raison de différence est que cette garde, qui ne contient aucun émolument pour le gardien, est extrêmement favorable, et l'action naturelle que les ascendants ont pour leurs descendants fait présumer que le gouvernement de leurs personnes et de leurs biens, ne peut être en de meilleures mains que dans les leurs; c'est pourquoi cette garde ne peut être trop étendue, au lieu que la garde-noble, qui enrichit le gardien aux dépens des mineurs, ne peut être trop restreinte. Notre coutume n'accorde aucun droit de garde ni de bail aux collatéraux, entre non nobles; et c'est encore une différence entre la garde des non nobles et celle des nobles, qui s'étend aux collatéraux, sous le nom de *bail*, comme nous l'avons vu.

40. Il faut pour cette garde avoir les mêmes qualités qui sont requises pour la garde-noble, sauf qu'il n'est pas nécessaire d'être noble; au reste, les nobles même peuvent prendre cette garde comptable en répudiant la garde-noble, lorsqu'ils jugent que la garde-noble leur serait trop onéreuse par rapport aux dettes, de l'acquittement desquelles elle est chargée. Cette garde a lieu sur tous les mineurs de 25 ans, non nobles, pourvu qu'ils ne soient pas mariés, car le mariage les rend usant de leurs droits, et les empêche d'être sujets à la garde.

SECTION II.

Quand et comment la garde se défère? De son acceptation et de sa répudiation.

§ Ier. *Quand se défère la garde-noble ?*

41. La garde-noble se défère par la mort du père ou de la mère des mineurs de l'âge prescrit pour cette garde, et qui ne sont point mariés.

Elle ne se défère que cette fois.

Cependant à ne s'attacher qu'aux termes de la coutume de Paris, il semblerait que, lorsque l'un des deux conjoints nobles meurt, le survivant devrait avoir la garde-noble, non seulement de ses propres enfants, mais aussi de ses petits-enfants qu'il a d'un fils prédécédé; car la coutume de Paris s'exprime ainsi, art. 265 : *Il est loisible aux père, mère, ayeul ou ayeule nobles d'accepter la garde-noble de leurs enfants après le trépas de l'un d'eux.* Néanmoins, il faut dire que l'aïeul n'aura point, après la mort de sa femme, la garde-noble des petits-enfants qu'il a d'un fils prédécédé, parce que la garde-noble de ces mineurs ayant été une fois déférée par la mort de leur père prédécédé à leur mère, ou à son refus à leur aïeul, elle ne peut plus être déférée une seconde fois. C'est pourquoi ces termes de l'art. 265: *Après le trépas de l'un d'eux*, ne doivent pas se rapporter à l'aïeul, mais doivent s'entendre ainsi: *après le trépas de l'un d'eux, père et mère;* c'est l'interprétation que donnent les commentateurs de la coutume de Paris. La raison est qu'il ne peut y avoir qu'une garde-noble des mêmes mineurs, y en ayant eu une par la mort de leur père, qu'a eue ou a pu avoir leur mère, ou à son refus l'aïeul, il ne peut

plus y avoir lieu à une seconde, car la garde-noble ne se réitère point ; étant défavorable et préjudiciable aux mineurs, elle doit être restreinte.

42. Dans notre coutume d'Orléans, ce n'est pareillement que par la mort du père ou de la mère des mineurs que se défère la garde-noble : c'est ce qui résulte de l'art. 23. La garde se défère d'abord au survivant, si le survivant en était incapable ou s'il la refuse, elle est déférée à ceux qui y sont subordinément appelés par les coutumes.

43. Remarquez qu'autre chose est de refuser purement et simplement la garde, autre chose est d'en refuser l'émolument. La garde-noble est déférée à l'aïeul par le refus pur et simple que le survivant en fait; mais si le survivant renonce seulement à la garde-noble sans renoncer à la garde, c'est-à-dire, s'il accepte la garde en se chargeant de compter des revenus et intérêts des biens de ses mineurs, la garde ne peut être, en ce cas, déférée à l'aïeul.

44. Dans les coutumes, telles que celle de Paris, où la garde doit être acceptée, si le survivant, à qui elle était déférée, est mort avant que de l'avoir acceptée, elle se défère à ceux qui y sont appelés subordinément.

Mais dans notre coutume d'Orléans où elle est acquise sans acceptation, le survivant qui est mort sans s'être expliqué, peut être censé avoir été gardien, et la garde-noble ayant été consommée ne peut plus avoir lieu dorénavant.

45. Celui par la mort duquel il y a ouverture à la garde-noble, ne peut pas défendre par son testament que la garde-noble soit déférée au survivant, ou à quelqu'un des autres auxquels elle est déférée par la coutume; car un testateur ne peut par son testament empêcher la vocation de la loi. *Nemo potest testamento suo cavere ne Leges locum habeant.*

Mais pourrait-on stipuler par un contrat de mariage que le survivant n'aurait pas la garde-noble de ses enfants?

Je pense que cela se peut, notre jurisprudence ayant rendu les contrats de mariage susceptibles de toutes conventions. On peut bien par un contrat de mariage renoncer à une succession future, pourquoi les conjoints ne pourront-ils pas pareillement renoncer au droit de garde-noble [1] ?

§ II. *Quand se défère la garde bourgeoise.*

46. Il est évident que la garde bourgeoise de la coutume de Paris ne peut être déférée que par la mort du père ou de la mère des mineurs, puisqu'elle n'est pas déférée à d'autres qu'au survivant d'iceux.

47. Dans notre coutume, quoiqu'en s'attachant scrupuleusement aux termes des articles 132 et 178, il semble que la garde bourgeoise ne soit déférée que par la mort du premier décédé du père ou de la mère des mineurs, et qu'elle ne dût pareillement se déférer que cette fois; néanmoins comme cette garde qui n'attribue aucun émolument au gardien, et qui n'est autre chose qu'une tutelle légitime comptable, est extrêmement favorable, et qu'il est de l'intérêt des mineurs que leurs personnes et leurs biens soient plutôt gouvernés par leurs ascendants que par leurs collatéraux, à cause de l'affection et de la ten-

---

[1] *V.* art. 1388, C. civ., et 791, C. civ.

Art. 1388 : « Les époux ne peuvent « déroger ni aux droits résultant de la « puissance maritale sur la personne « de la femme et des enfants, ou qui « appartiennent au mari comme chef, « ni aux droits conférés au survivant « des époux par le titre *de la Puissance paternelle* et par le titre *de la* « *Minorité, de la Tutelle et de l'Émancipation*, ni aux dispositions prohibitives du présent Code. »

Art. 791 : « On ne peut, même par « contrat de mariage, renoncer à la « succession d'un homme vivant, ni « aliéner les droits éventuels qu'on « peut avoir à cette succession. »

dresse qu'inspire la nature aux ascendants pour leurs descendants, l'usage a prévalu que cette garde fût déférée non-seulement par la mort du prédécédé du père ou de la mère des mineurs, mais encore toutes les fois que le gardien des mineurs venant à mourir ou à se démettre de la garde, ou à la perdre par quelque manière que ce soit pendant la minorité des mineurs, il se trouve quelque autre ascendant des mineurs pour le substituer.

§ III. *De l'acceptation de la garde, tant noble que bourgeoise.*

48. Les coutumes sont différentes sur l'acceptation de la garde. Dans plusieurs, la garde doit être acceptée par le survivant ou les autres à qui elle est déférée.

Cette acceptation se fait différemment selon les différentes coutumes. Plusieurs, du nombre desquelles est celle de Paris, veulent que cette acceptation se fasse en jugement.

Ces termes, *en jugement*, signifient en la présence du juge, l'audience tenante. Il a été jugé que, dans ces coutumes, l'acceptation faite au greffe ne serait pas suffisante.

49. Il paraît donc que ces coutumes exigent que cette acceptation soit publique et connue des créanciers des mineurs qui ont intérêt de savoir si le survivant a accepté la garde-noble, afin de s'adresser à lui pour être payés de leurs créances que le gardien noble s'oblige d'acquitter en acceptant la garde-noble, comme nous le verrons dans la suite.

Cela était d'autant plus nécessaire, qu'autrefois les créanciers des mineurs étaient obligés de se faire payer par le gardien durant la garde, faute de quoi ils étaient déchus et ne pouvaient plus rien demander aux mineurs après la garde. C'est ce qui paraît par une ordonnance de Philippe de Valois (de 1330), rapportée par Laurière (tit. 12 sur art. 270, *in fine*).

Le juge, devant lequel cette acceptation doit être faite, est celui du domicile qu'avait, lors de sa mort, celui par la mort duquel la garde a été déférée. Les commentateurs de la coutume de Paris prétendent que cette acceptation ne peut se faire que devant le juge royal. Ils en rapportent un arrêt (du 14 mai 1624; Renusson, ch. 3, n° 3; Lemaître, tit. 12, ch. 4).

50. Plusieurs coutumes limitent un temps dans lequel la garde doit être acceptée, et passé lequel on n'est plus recevable à l'accepter. Elles règlent ce temps différemment. Par exemple, la coutume du Berri le fixe à trente jours.

Celle de Paris n'a déterminé aucun temps pour l'acceptation de la garde-noble. Renusson (ch. 3, n° 6) en tire cette conséquence, que ceux à qui la garde est déférée, sont toujours à temps de l'accepter, tant que les mineurs n'ont pas atteint l'âge auquel elle finit, et qu'il ne paraît pas qu'ils y aient renoncé. J'admets volontiers cette première conséquence.

51. Il en tire une seconde, que l'acceptation, en quelque temps qu'elle soit faite, a un effet réroactif, et doit faire gagner au gardien les fruits perçus, même avant son acceptation.

Je n'admets point cette seconde conséquence. De ce que la coutume de Paris n'a fixé aucun temps pour l'acceptation de la garde, il peut bien s'ensuivre que le survivant à qui elle est déférée, peut bien l'accepter en quelque temps que ce soit; mais il ne s'ensuit nullement que l'acceptation doive avoir un effet rétroactif; cela n'est fondé sur rien : la coutume de Paris ne déférant point de plein droit la garde, et requérant qu'elle soit acceptée en jugement, le survivant ne devient gardien que par cette acceptation qu'il en fait, et, par conséquent, il ne peut prétendre les fruits qui auraient été perçus auparavant par le tuteur des mineurs; car l'art. 267 ne lui donne que les fruits durant la garde.

Néanmoins, Duplessis (*Traité de la Garde*, ch. 4) est aussi d'avis que l'acceptation doit avoir un effet rétroactif; mais il limite son opinion au cas où

elle aurait été faite *tempore congruo*, dit-il, c'est-à-dire peu après son ouverture. C'est aussi l'avis de M. R..... (M. Rousseau). J'inclinerais à celui de Lemaître (tit. 12, ch. 4), qui rejette indistinctement l'effet rétroactif.

52. Les arrêts ont jugé que le survivant qui avait accepté la tutelle de ses enfants, à laquelle il avait été nommé par le juge, et qui, en acceptant, n'avait fait aucune réserve de son droit de garde-noble, était censé l'avoir tacitement répudié, et n'était plus par conséquent recevable à l'accepter : ces arrêts sont rapportés par Renusson.

La question souffrait grande difficulté ; car la garde-noble étant compatible avec la tutelle, comme le déclare la coutume de Paris en termes formels, art. 271, de ce que le survivant a accepté la tutelle, on ne peut tirer une conséquence nécessaire qu'il n'ait point voulu de la garde, puisqu'il pouvait avoir l'un et l'autre ensemble. Ce ne peut être que la défaveur de la garde-noble qui ait donné lieu à cette jurisprudence.

53. Lorsque le survivant, bourgeois de Paris, qui se croyait, par erreur, noble, a accepté en jugement la garde-noble, cette acceptation peut-elle lui tenir lieu de l'acceptation de la garde bourgeoise, qu'il avait droit d'accepter?

On peut dire que la garde-noble qu'il a acceptée contient, *eminenter*, la garde bourgeoise ; qu'ainsi, en acceptant la garde-noble qu'il n'avait pas droit d'accepter, il doit être censé avoir accepté la bourgeoise, qu'il avait droit d'accepter ; néanmoins, Renusson décide, en ce cas, qu'il n'a ni l'une ni l'autre, et qu'il est sujet à rendre compte. Sa décision paraît régulière ; car, quoique le droit de garde bourgeoise ressemble, en quelque chose, au droit de garde-noble, ce n'est pas néanmoins le même droit que celui de garde-noble, ce n'en est pas même une partie, c'est un droit différent, déféré par une différente disposition de coutume ; c'est pourquoi, qui a accepté l'un n'a pas accepté l'autre ; le survivant ne peut donc avoir, en ce cas, ni le droit de garde-noble qu'il a accepté, parce qu'il n'en est pas capable, ni celui de la garde bourgeoise, parce qu'il ne l'a pas accepté. *Fecit quod non potuit, non fecit quod potuit.*

On peut dire, pour la confirmation de ce sentiment, que le bourgeois qui, par erreur, a accepté la garde-noble, sans donner caution, cette garde n'y étant pas sujette ; ce défaut de caution suffit pour qu'il ne puisse être censé avoir joui de la bourgeoise, pour laquelle il faut caution, comme nous le verrons ci-après.

54. Il y a des coutumes, du nombre desquelles est la nôtre, qui font acquérir de plein droit la garde, soit noble, soit bourgeoise, au survivant ou aux autres personnes auxquelles elles la défèrent, sans qu'il soit besoin d'aucune acceptation de leur part.

Le survivant et les autres à qui la garde est déférée par ces coutumes, ne sont pas néanmoins gardiens malgré eux, ils peuvent répudier la garde.

Notre coutume, art. 23, ordonne que celui qui voudra renoncer à la garde sera tenu de faire cette renonciation au greffe, dans la quinzaine, et de faire, à ses frais, dans la huitaine suivante, pourvoir de tuteur aux mineurs, à peine des dommages et intérêts desdits mineurs.

Un acte de notoriété de notre bailliage, du 27 avril 1660, porte que les dommages et intérêts consistent en ce que le gardien noble, faute d'avoir satisfait à cet article, demeure gardien noble, et sujet à toutes les charges de cette garde, sans pouvoir les éviter.

55. C'est une question commune à toutes les coutumes, si le survivant, à qui la garde-noble de ses enfants est déférée, peut l'accepter à l'égard de l'un de ses enfants, et y renoncer à l'égard des autres.

Par exemple : Le survivant trouve la garde-noble de ses enfants puînés onéreuse, et celle de son fils aîné avantageuse, parce que son fils a un préciput d'aînesse considérable, et n'est néanmoins tenu que de sa part virile des det-

tes; peut-il accepter la garde-noble de cet aîné, et y renoncer à l'égard de ses autres enfants?

Je ne vois aucun principe qui en empêche, car il y a autant de droits de garde qu'il y a d'enfants; la garde de l'un n'est pas la garde de l'autre, et, par conséquent, rien ne paraît empêcher que le survivant n'accepte l'une et ne répudie les autres; néanmoins, Auzanet (sur art. 265) et Lemaître (tit. 12, ch. 1er, *V.* aussi Renusson, ch. 3, art. 12) décident que le survivant n'est point, dans l'usage, admis à accepter la garde-noble à l'égard de l'un de ses enfants, en y renonçant à l'égard des autres, parce que si cette distinction qu'il fait ne choque aucun principe de droit, elle choque au moins la bienséance, puisque ce ne peut être que des vues d'avarice ou de quelque injuste prédilection qui y puissent donner lieu.

SECTION III.

En quoi consiste le droit de garde?

56. Le droit de garde-noble consiste :

1° Dans le droit de gouverner les personnes des mineurs, et de disposer de leur éducation [1];

2° Dans différents droits par rapport aux biens sujets à la garde; nous en traiterons dans un premier article;

3° Dans différentes obligations et charges qui sont imposées au gardien, et dont nous parlerons dans un second.

57. Dans plusieurs coutumes, du nombre desquelles est celle de Paris, la garde-noble ne renferme point la tutelle; on nomme un tuteur aux mineurs qui tombent en garde-noble, pour tout ce qui ne dépend point de la garde-noble.

Par exemple : C'est à ce tuteur à intenter les actions où il est question de la propriété des biens des mineurs, et à y défendre [2].

58. Cette tutelle n'est pas néanmoins incompatible avec la garde-noble; le

---

[1] Gouverner la personne des enfants, pourvoir à leur entretien et à leur éducation, est une obligation, autant qu'un droit, imposé aux père et mère : elle résulte du mariage (art. 203, C. civ.) ou plutôt de la procréation des enfants. Cette obligation reçoit une nouvelle sanction dans l'usufruit des biens des enfants, que la loi accorde au père durant le mariage, et, après sa dissolution, au survivant. *V.* art. 385, 2°, C. civ.

Art. 385 : « Les charges de cette « jouissance (l'usufruit accordé au père « et à la mère par l'art. 384, C. civ., « *V.* ci-dessus, p.499, note 1) seront, « — 1° Celles auxquelles sont tenus les « usufruitiers;—2° La nourriture, l'en- « tretien et l'éducation des enfants, se- « lon leur fortune;—3° Le paiement des « arrérages ou intérêts des capitaux;— « 4° Les frais funéraires et ceux de « dernière maladie. »

Art. 203 : « Les époux contractent « ensemble, par le fait seul du mariage, « l'obligation de nourrir, entretenir et « élever leurs enfants. »

[2] Les enfants peuvent être en puissance paternelle seulement, c'est ce qui arrive lorsqu'ils ont encore leur père et mère; ou tout à la fois en puissance paternelle et en tutelle, ce qui a lieu après le décès du père ou de la mère. La puissance paternelle et l'émolument qui y est attaché, n'est pas nécessairement réunie à la tutelle; ainsi la mère survivante peut ne point accepter la tutelle, et elle conservera cependant la puissance paternelle et l'usufruit légal : il en serait de même du père qui, par des causes graves, serait excusé ou déchargé de la tutelle.

gardien noble peut, sur l'avis des parents, être nommé tuteur, et, en acceptant la tutelle sous la réserve de son droit de garde-noble, il a l'un et l'autre droit.

Dans plusieurs autres coutumes, du nombre desquelles est la nôtre, la tutelle des mineurs est unie à la garde-noble, et le gardien noble est de plein droit tuteur légitime de ses enfants.

La garde bourgeoise, dans la coutume de Paris, consiste dans les mêmes choses que la garde-noble, sauf qu'elle est de moindre durée.

Dans notre coutume d'Orléans, la garde bourgeoise n'est autre chose qu'une tutelle comptable.

ART. Ier. — Des différents droits par rapport aux biens sujets à la garde.

§ Ier. *Des biens sujets à la garde, et des différents droits du gardien par rapport à ces biens.*

59. Dans les coutumes de Paris et d'Orléans, il n'y a de biens sujets à la garde-noble que ceux de la succession du prédécédé du père ou de la mère des mineurs qui y a donné ouverture : tous les autres biens qui peuvent être échus aux mineurs depuis, par la succession de leurs aïeuls ou autres parents, ou par les donations ou legs qu'on leur aurait faits, n'y sont pas sujets, même lorsque l'un des mineurs, dont la portion était sujette à la garde, meurt; cette portion qui passe par succession collatérale à ses frères et sœurs, cesse d'y être sujette, parce que ses frères et sœurs ne la tiennent pas immédiatement de la succession du prédécédé[1] : ainsi jugé par arrêt de 1764.

C'est pourquoi, à Paris, ce n'est pas le gardien noble, mais le tuteur qui doit avoir l'administration de ces biens. A Orléans, où la tutelle est jointe à la garde-noble, le gardien a l'administration desdits biens, mais plutôt comme tuteur que comme gardien noble; et il doit compter à ses mineurs des revenus et intérêts comme y serait obligé un autre tuteur.

60. Le principe que nous venons d'établir « que dans notre coutume la garde-noble ne s'étend que sur les biens de la succession du prédécédé », résulte clairement de l'art. 43, de l'ancienne coutume qui doit servir d'interprétation à l'art. 25 de la nouvelle, puisque le procès-verbal y renvoie, et que ce principe est constant dans l'usage, nonobstant l'avis contraire de Delalande.

Au reste, on doit regarder comme biens de la succession du prédécédé, dont le gardien noble doit avoir la jouissance, non-seulement ceux qui se sont trouvés dans cette succession lors de l'ouverture de la garde-noble, mais pareillement tous ceux qui sont depuis échus au mineur, en vertu de quelque droit dépendant de cette succession, comme aussi tout ce qui est accru, puisque c'est un accessoire des héritages de cette succession, telles que sont les alluvions.

61. Suivant ces principes, Dumoulin (sur l'anc. cout. de Paris, tit. 1, *de Mater. feod.*, § 1, gl. in vº *le Seigneur féodal*, nº 51) décide que si, durant la

[1] Sont soumis à l'usufruit légal tous les biens qui arrivent aux enfants (sauf les exceptions portées par la loi), même la part qu'ils ont recueillie dans la succession d'un frère ou d'une sœur, quoique dans cette même succession le père et la mère ou le survivant aient obtenu chacun un quart. La généralité de la règle (art. 384, C. civ., *V.* ci-dessus, p. 499, note 1.) ne permet pas d'invoquer la disposition de la novelle 118, ch. 2. « *Nullum usum ex filiorum aut filiarum portione, in hoc casu valente patre sibi penitus vindicare; quoniam pro hâc usûs portione, hæreditatis jus et secundum proprietatem per præsentem dedimus legem.* »

garde-noble, un fief relevant d'une seigneurie de la succession du prédécédé, est tombé en commise pour cause de désaveu ou félonie, le gardien a droit d'en jouir pendant la garde, parce que ce fief, tombé en commise, devient un accessoire et une dépendance de la seigneurie à laquelle il est remis, et que d'ailleurs les mineurs ayant exercé la commise en vertu d'un droit dépendant de leur seigneurie, il est vrai de dire que l'héritage tombé en commise leur est acquis en vertu d'un droit dépendant de la succession du prédécédé, et par conséquent est sujet à la garde; cela n'est pas néanmoins sans difficulté.

62. Dans l'origine du droit de garde-noble, il ne s'étendait que sur les biens féodaux, dont la coutume accordait la jouissance au gardien noble pendant le temps de la garde, parce qu'il les desservait à la place de ses mineurs. Ce droit s'est conservé jusqu'à présent dans quelques coutumes, qui restreignent encore aujourd'hui le droit de garde-noble aux seuls biens féodaux.

Mais, dans les autres coutumes, le gardien-noble a le droit de jouir et d'appliquer à son profit tous les fruits, non-seulement des biens féodaux, mais généralement de tous les immeubles de la succession du prédécédé, tant que la garde dure.

63. A l'égard des meubles de cette succession, les coutumes varient. Dans quelques-unes, du nombre desquelles est notre coutume, le gardien noble les acquiert en propriété sans être obligé d'en rien rendre à la fin de la garde. Dans la plupart des autres coutumes, les gardiens nobles ont été privés de ce droit de s'approprier les biens meubles que les mineurs ont de la succession du prédécédé. On leur en a seulement laissé l'administration.

Le gardien-noble n'ayant, dans les coutumes de Paris et autres semblables, que l'administration des meubles des mineurs, il doit en faire un inventaire et une prisée[1]. Il est aussi de son administration de les faire vendre à l'encan; faute de le faire, il est tenu de tenir compte à ses mineurs de la crue ou *parisis* outre la prisée à l'égard des meubles sujets à cette crue; cette crue est le quart en sus.

64. Duplessis prétend même que le gardien n'ayant que l'administration des meubles, il doit, comme un autre tuteur, les intérêts de l'argent provenu de la vente d'iceux et du recouvrement des créances mobilières des mineurs; s'il n'a pas colloqué cet argent, et que s'il le colloque en héritages ou rentes, il doit tenir compte des fruits et arrérages desdits héritages ou rentes; mais cette opinion est contredite par les autres commentateurs, qui pensent que le gardien doit avoir la jouissance des héritages ou rentes, acquis de ces deniers, comme des autres héritages de la succession du prédécédé, puisqu'étant acquis des deniers de cette succession, ils appartiennent véritablement à cette succession; d'où il suit qu'il ne doit point non plus d'intérêts lorsqu'il a manqué de colloquer, n'ayant fait tort qu'à lui-même et non à ses mineurs, en ne les colloquant point, puisque nous supposons que, s'il les eût colloqués, les fruits des choses acquises de ces deniers lui auraient appartenu.

La coutume de Paris est du nombre de ces coutumes.

Enfin, il y a quelques coutumes qui disent que, *meubles ne tombent en garde*; dans ces coutumes par conséquent le gardien noble ne peut pas prétendre l'administration des meubles s'il n'est tuteur.

---

[1] L'usufruit légal porte sur tous les biens, par conséquent sur les meubles et les immeubles. L'usufruitier doit faire l'inventaire des meubles, en provoquer la vente aux enchères, à moins qu'il ne préfère les conserver pour les rendre en nature. Nous verrons bientôt si la condition des père et mère est, à l'égard des meubles, celle d'un usufruitier ordinaire.

§ II. *Du droit qu'a le gardien noble de jouir des immeubles de la succession du prédécédé.*

65. Le gardien noble a le droit de percevoir tous les fruits, tant naturels que civils, qui sont à percevoir sur les biens sujets à la garde-noble, pendant tout le temps qu'elle dure.

On appelle *fruits naturels* ceux que la terre produit, et nous comprenons ici sous ce terme, tant ceux qui sont purement *naturels*, c'est-à-dire qui viennent sans culture, tels que les foins, les bois, les fruits des arbres, que ceux qu'on appelle *industriels*, parce que la terre ne les produit que par la culture, tels que sont les blés et autres grains, les fruits des vignes, etc.

66. Le gardien a droit de percevoir à son profit ces fruits, quand même ils auraient déjà été mûrs lors de l'ouverture de la garde-noble, pourvu qu'ils se soient trouvés lors sur le pied et encore pendants à la terre.

Il n'est pas même tenu pour cela de tenir aucun compte des frais de labour et semence que le prédécédé a faits pour raison de ces fruits. Il a droit de jouir des héritages en l'état qu'ils se trouvent lors de l'ouverture de la garde [1].

67. Le gardien noble ne doit percevoir les fruits que lorsqu'ils sont en maturité, et dans les temps auxquels on a coutume de les percevoir; c'est pourquoi, si, lorsque le temps de la garde était prêt d'expirer, le gardien avait coupé des fruits qui n'étaient pas encore mûrs, et qui ne devaient parvenir à la maturité qu'après le temps de l'expiration de la garde; pareillement s'il avait avancé le temps accoutumé d'une coupe de bois qui ne tombait en coupe qu'après la garde finie; en tous ces cas, le gardien sera tenu des dommages-intérêts du mineur, résultant de cette perception prématurée.

68. On a fait là question à l'égard du gardien noble comme à l'égard des autres usufruitiers, s'il pouvait appliquer à son profit les pierres ou ardoises des carrières étant sur les héritages sujets à la garde?

Il faut dire qu'il en peut tirer et en faire son profit, pourvu néanmoins qu'il ne les épuise pas, et qu'il en jouisse comme un bon père de famille a coutume d'en jouir [2]. L. 9, §§ 2 et 3, ff. *de Usufr.*

---

[1] *V.* art. 582, 583, 584 et 585, C. civ.

Art. 582 : « L'usufruitier a le droit « de jouir de toute espèce de fruits, « soit naturels, soit industriels, soit ci- « vils, que peut produire l'objet dont « il a l'usufruit. »

Art. 583 : « Les fruits naturels sont « ceux qui sont le produit spontané de « la terre. Le produit et le croît des « animaux sont aussi des fruits natu- « rels. — Les fruits industriels d'un « fonds sont ceux qu'on obtient par la « culture. »

Art. 584 : « Les fruits civils sont les « loyers des maisons, les intérêts des « sommes exigibles, les arrérages des « rentes.—Les prix des baux à ferme « sont aussi rangés dans la classe des « fruits civils. »

Art. 585 : « Les fruits naturels et « industriels, pendants par branches « ou par racines au moment où l'usu- « fruit est ouvert, appartiennent à l'u- « sufruitier.—Ceux qui sont dans le « même état au moment ou finit l'usu- « fruit, appartiennent au propriétaire, « sans récompense de part ni d'autre « des labours et des semences, mais « aussi sans préjudice de la portion des « fruits qui pourrait être acquise au co- « lon partiaire, s'il en existait un au « commencement ou à la cessation de « l'usufruit. »

[2] Oui si elles étaient en exploitation avant le commencement de l'usufruit. *V.* art. 598, C. civ.

Art. 598 : « (L'usufruitier) jouit « aussi, de la même manière que le « propriétaire, des mines et carrières « qui sont en exploitation à l'ouverture « de l'usufruit; et néanmoins, s'il s'a- « git d'une exploitation qui ne puisse « être faite sans une concession, l'usu-

Un trésor n'est point un fruit de l'héritage où il est trouvé, c'est pourquoi s'il en était trouvé un dans l'héritage des mineurs, il appartiendrait aux mineurs pour la part qui en appartient au propriétaire. Le gardien noble, en sa qualité de gardien-noble, n'y pourrait rien prétendre [1].

69. Le gardien noble a aussi les fruits civils qui naissent durant la garde-noble. On appelle *fruits civils,* ceux qui *in jure consistunt*, et ils naissent lorsqu'ils commencent à être dus; *cum incipiunt deberi.*

Les fermes sont des fruits civils. Comme c'est pour la récolte des fruits que le fermier doit sa ferme, c'est la récolte qui en fait naître l'obligation; les fermes sont donc dues et nées aussitôt que la récolte est faite [2], quoique le terme convenu par le bail pour le paiement de la ferme ne soit pas encore arrivé. C'est pourquoi, si la garde est ouverte à la fin d'août 1755, après la récolte faite, le gardien noble, à Paris, devra compter à son mineur de cette ferme comme du reste du mobilier de la succession, quoique les termes de paiement ne soient échus qu'à la Toussaint et à Noël, et par conséquent durant la garde, parce qu'elle a été due dès que la récolte s'est faite, et par conséquent avant la garde.

70. *Vice versâ.* Si la garde-noble a fini à la fin d'août, après la récolte, la ferme appartiendra en entier au gardien, quoique les termes de paiement n'échoient qu'après la garde. A l'égard des loyers de maisons et arrérages des rentes, soit foncières, soit constituées, ce sont aussi des fruits civils qui échoient et se comptent de jour à jour. Ils appartiennent pareillement au gardien noble pour tout ce qui en a couru pendant le temps de la garde.

Les profits, soit féodaux, soit censuels, qui naissent pendant la garde, par les héritages qui relèvent des seigneuries de la succession du prédécédé, sont aussi des fruits civils desdites seigneuries, qui appartiennent au gardien noble. Ces profits naissent durant la garde, lorsque les ventes ou mutations qui y donnent ouverture ont eu lieu durant la garde.

71. C'est une grande question si le droit de retrait féodal des héritages mouvants en fief des seigneuries de la succession du prédécédé qui sont vendus durant le temps de la garde, doit être regardé comme un fruit civil desdites seigneuries échu durant la garde qui doit appartenir au gardien, et si en conséquence le gardien peut exercer le retrait féodal et retenir les héritages pour son compte, sans être obligé de les restituer à ses mineurs, quand même ils offriraient de l'indemniser?

« fruitier ne pourra en jouir qu'après « en avoir obtenu la permission du Roi. « —Il n'a aucun droit aux mines et car- « rières non encore ouvertes, ni aux « tourbières dont l'exploitation n'est « point encore commencée, ni au tré- « sor qui pourrait être découvert pen- « dant la durée de l'usufruit. »

[1] *V.* art. 598, *in fine,* note précédente.

[2] Tout en qualifiant *fruits civils* le prix des baux à ferme, Pothier ne leur applique cependant pas la règle d'acquisition *quotidienne* des autres fruits civils, il s'attache à l'époque de la récolte; selon qu'elle aura été faite ou non pendant la durée de l'usufruit, le prix du bail appartiendra à l'usufruitier, ou il n'aura rien à y prétendre. Cette doctrine est conforme au droit romain, *V.* L. 58, ff. *de Usufructu.* Le Code en a décidé autrement, il range le prix des baux à ferme parmi les fruits civils; mais ce n'est pas nominalement seulement, c'est avec effet : il veut qu'on leur applique, quant au mode d'acquisition, la même règle qu'aux autres fruits civils, c'est-à-dire qu'ils sont réputés s'acquérir jour par jour. *V.* art. 586, C. civ.

Art. 586 : « Les fruits civils sont réputés s'acquérir jour par jour, et appartiennent à l'usufruitier, à proportion de la durée de son usufruit. « Cette règle s'applique aux prix des « baux à ferme, comme aux loyers des « maisons et aux autres fruits civils. »

Selon le principe de Dumoulin, le gardien ne peut avoir ce droit; car, selon les principes de cet auteur, le droit de retrait féodal est le droit qu'a le seigneur de refuser l'investiture à l'acheteur d'un fief mouvant de lui, et de retirer ce fief pour le réunir à sa mense seigneuriale, en indemnisant cet acheteur, droit par conséquent qui ne peut résider qu'en la seule personne du propriétaire de la seigneurie, et par conséquent n'est pas cessible, et ne peut passer à un simple usufruitier, tel qu'est le gardien noble; mais depuis que la jurisprudence s'est écartée des principes de Dumoulin, et qu'on a jugé que le droit de retrait féodal est un droit cessible, il semble que, selon l'esprit de la nouvelle jurisprudence, ce droit n'est plus considéré que comme le droit qu'a le seigneur de fief de profiter du bon marché qui a été fait des fiefs mouvants de sa seigneurie, et par conséquent comme une simple obvention féodale et un fruit civil de sa seigneurie, qui, par cette raison, peut appartenir au gardien noble; néanmoins, l'auteur du nouveau *Traité des Fiefs* refuse encore le droit de retrait féodal aux gardiens et aux autres usufruitiers. Renusson (ch. 6, n°s 77 et suiv.) le leur accorde, mais pourvu que le propriétaire ne veuille pas en user lui-même; c'est pourquoi il pense que, lorsque le gardien l'exerce en son nom, les mineurs, lors de l'expiration de la garde, sont recevables à reprendre l'héritage retiré, en indemnisant le gardien de ce que le retrait lui a coûté.

72. Les amendes, les épaves, la part dans les trésors trouvés dans l'étendue de la justice, ce qui advient par droit de confiscation ou de déshérence, soit en mobilier, soit en héritages, sont des fruits civils du droit de justice, qui, par conséquent, appartiennent irrévocablement au gardien-noble.

Il a aussi le droit de nommer les officiers de justice des terres et seigneuries sujettes à la garde-noble; mais il ne peut pas accorder des survivances, car ce serait se prolonger son droit au delà du temps qu'il doit durer.

Il ne peut pas non plus destituer les officiers, car ce droit n'appartient qu'au propriétaire de la justice [1].

73. La présentation et nomination aux bénéfices étant regardée comme un fruit du droit de patronage, elle appartient au gardien noble, lorsqu'il y a quelque droit de patronage attaché aux terres sujettes à la garde-noble, et comme le gardien noble a droit de percevoir les fruits pour son propre compte et profit, il suit de là qu'il a, *proprio jure,* cette nomination aux bénéfices, et non pas seulement comme représentant ses mineurs; en quoi il diffère d'un simple tuteur qui nomme aussi aux bénéfices des terres de ses mineurs, mais qui y nomme au nom de ses mineurs et comme les représentant; d'où naît cette différence que le tuteur ne pourrait pas nommer au bénéfice son mineur, parce que lorsque le tuteur nomme au bénéfice, c'est le mineur qui est censé y nommer par le ministère de son tuteur, et qu'on ne peut se nommer soi-même, au lieu que le gardien noble peut nommer au bénéfice son mineur, parce qu'il nomme *proprio jure.*

§ III. *Du gain des meubles, que quelques coutumes attribuent en propriété au gardien noble.*

74. Notre coutume d'Orléans et quelques autres, attribuent au gardien noble, en pleine propriété, tous les meubles de la succession du prédécédé [2]; ce qui comprend généralement toutes les choses qui sont réputées meubles, même les bestiaux des terres; ce qui est très injuste et mériterait correction [3].

---

[1] Toutes ces questions ne peuvent s'élever sous notre nouvelle législation.

[2] Le Code n'accorde que l'usufruit.

[3] Les ustensiles aratoires et les animaux destinés à la culture, placés par le propriétaire dans le fonds à l'ex-

Ce gain des meubles comprend non-seulement les meubles corporels, mais même les créances mobilières qui se trouvent dans la succession du prédécédé, soit contre des tiers, soit contre le gardien lui-même, qui en acquiert par ce moyen la libération.

L'usage en a excepté les créances qu'ont les mineurs contre le survivant pour la reprise des deniers dotaux du prédécédé, stipulés propres et pour le remploi des propres aliénés; car, quoique ces créances en elles-mêmes soient mobilières, ayant pour objet une somme de deniers, néanmoins elles sont regardées à cet égard comme des espèces d'immeubles fictifs.

75. Il n'en est pas de même de la créance qu'ont les mineurs contre le survivant pour la reprise de l'apport mobilier du prédécédé, qui a été stipulé au profit des enfants, en cas de renonciation de leur part à la communauté; car il n'y a aucune raison pous regarder cette créance autrement que comme une créance mobilière, qui doit entrer par conséquent dans l'émolument de la garde-noble, et dont le gardien noble, qui en est le débiteur, doit acquérir par conséquent la libération.

Pareillement, lorsqu'il est dit, par le contrat de mariage, « que les héritiers du prédécédé n'auront, pour tout droit de communauté, qu'une certaine somme », la créance de cette somme, qui appartient aux enfants comme héritiers du prédécédé, est une créance mobilière qui tombe dans l'émolument de la garde-noble, et dont le survivant gardien noble, qui en est le débiteur, acquiert la libération.

76. Il en est de même des récompenses qui sont dues aux mineurs, héritiers du prédécédé, pour le mi-denier des sommes que le survivant a tirées de la communauté pour son profit particulier; *Putà*, pour une construction de bâtiment faite sur son héritage propre.

Si néanmoins ces sommes avaient été tirées pour le rachat d'une rente due par le survivant seul, comme en ce cas la récompense consisterait en ce que la rente revivrait pour la moitié contre le survivant au profit des enfants du prédécédé, et que cette rente, qui revit ainsi, est réputée immeuble, elle ne se confondrait point dans la garde-noble, si ce n'est pour les arrérages qui en courraient pendant le temps de la garde.

77. La loi qui donne au gardien le mobilier qu'ont les mineurs de la succession du prédécédé, doit céder à la loi de la légitime. C'est pourquoi si toute la succession du prédécédé consistait en mobilier, il faudrait distraire de l'émolument de la garde-noble la moitié de ce à quoi monterait le mobilier, toutes dettes et charges de la succession déduites pour la légitime des mineurs.

Pareillement si les immeubles de la succession du prédécédé étaient de si peu de valeur, par rapport au mobilier, qu'ils ne fournissent pas la légitime des mineurs, il faudrait distraire du mobilier ce qui s'en défaudrait.

ART. II. — Des obligations et des charges de la garde noble.

§ Ier. *De l'inventaire.*

78. Dans la coutume de Paris et dans les autres qui ne donnent au gardien noble que l'administration des meubles, la première obligation du gardien noble, qu'il doit remplir incontinent après qu'il a accepté la garde, est de faire un inventaire de tous les meubles et effets, titres et enseignements de la succession du prédécédé [1].

La coutume de Paris en a une disposition expresse en l'art. 269.

---

ploitation duquel ils sont destinés, sont aujourd'hui des immeubles par destination (art. 524, C. civ.).

[1] Le père ou la mère, usufruitier légal, tenu des obligations imposées aux autres usufruitiers, doit faire inven-

79. Quelques commentateurs pensent que le gardien noble qui a laissé passer le temps de trois mois, prescrit par l'ordonnance pour faire inventaire, sans faire cet inventaire, doit être privé de l'émolument de la garde-noble jusqu'à ce qu'il ait satisfait à cette obligation, et qu'en conséquence il ne peut percevoir à son profit les revenus des immeubles de la succession du prédécédé, que du jour qu'il a satisfait à cette obligation, et qu'il doit compter tous ceux perçus auparavant. Ils se fondent sur ce que la loi accordant aux gardiens nobles l'émolument de la garde-noble, sous certaines conditions, il ne peut le percevoir qu'après avoir satisfait à ces conditions, du nombre desquelles est celle de faire inventaire. Guérin et Lemaître (tit. 12, ch. 4) sont de

---

taire des meubles et un état des immeubles, art. 600, C. civ. Cette obligation résulterait aussi de leur qualité de tuteur ou d'administrateur des biens de leurs enfants.

Mais s'il s'agissait d'un tuteur ordinaire, il devrait provoquer la vente des meubles corporels, les convertir ainsi en capitaux qui seront placés et deviendront productifs : le père ou la mère peuvent également prendre ce parti, et le capital, produit de la vente, sera conservé pour les enfants, l'usufruitier aura les intérêts. Mais l'art. 453, C. civ., leur laisse le droit de garder les meubles pour les *remettre en nature*. L'usufruitier légal ne devient point propriétaire des meubles puisqu'il doit rendre en nature ceux qui subsisteront encore à la cessation de son usufruit : et il doit *rendre la valeur estimative de ceux des meubles qu'il ne pourrait représenter en nature:* il est donc responsable de la perte quelle qu'en soit la cause. Mais pourquoi cette disposition rigoureuse qui met les risques et périls des meubles à la charge des père et mère ayant l'usufruit légal.

« C'est, dit M. Proudhon, par la rai« son qu'on ne doit pas voir seulement « un usufruitier, mais encore un tu« teur dans la personne du père ou de « la mère qui a un droit de jouissance « sur les biens de ses enfants mineurs, « et ce tuteur est soumis à toutes les « règles et à toutes les charges ordi« naires de la tutelle; or, si au lieu du « père ou de la mère c'était un étran« ger qui eût été nommé tuteur des « enfants par eux délaissés, les meu« bles ne seraient pas conservés au pé« ril des mineurs ; ils seraient au con« traire vendus pour en placer le prix « à leur profit ; il faut donc que le père « ou la mère les vendent aussi pour en « prévenir également la perte et en « placer ou garder le prix, ou que, « s'ils veulent les conserver en nature « pour en jouir, ils en prennent le « péril sur eux-mêmes, autrement la « tutelle que la loi leur défère serait, « sous ce rapport, moins avantageuse « pour les enfants que si elle était con« fiée à un étranger, ce qui ne serait « pas d'accord avec les dispositions gé« nérales de la loi, qui veut que les in« térêts des mineurs soient également « soignés et garantis par toute espèce « de tuteur. » *Traité de l'usuf.*, tom. 5, n° 2639.

On peut ajouter que cet usufruit étant accordé par la loi, le législateur peut y apposer les conditions qu'il juge à propos.

Art. 453 : « Les père et mère, tant « qu'ils ont la jouissance propre et lé« gale des biens du mineur, sont dis« pensés de vendre les meubles, s'ils « préfèrent de les garder pour les re« mettre en nature.—Dans ce cas, ils « en feront faire, à leurs frais, une es« timation à juste valeur, par un expert « qui sera nommé par le subrogé tu« teur et prêtera serment devant le « juge de paix. Ils rendront la valeur « estimative de ceux des meubles qu'ils « ne pourraient représenter en na« ture. »

Art. 600 : « L'usufruitier prend les « choses dans l'état où elles sont; mais « il ne peut entrer en jouissance qu'a« près avoir fait dresser, en présence « du propriétaire, ou lui dûment ap« pelé, un inventaire des meubles et « un état des immeubles sujets à l'u« sufruit.

cet avis; Tronçon (sur art. 269) rapporte un ancien arrêt (du 20 août 1605) qui a privé de l'émolument de la garde-noble un gardien, faute d'avoir fait inventaire.

Néanmoins, il atteste que nonobstant cet arrêt, qui peut avoir été rendu sur des circonstances particulières, la plus commune opinion au Palais, de son temps, était que le défaut d'inventaire ne pouvait faire priver le gardien noble des revenus perçus avant qu'il eût satisfait à cette obligation.

C'est aussi l'avis de Dumoulin en sa note sur la coutume de Bourbonnais (art. 174) qui, comme celle de Paris, impose au père survivant l'obligation de faire inventaire, *hoc omisso,* dit Dumoulin, *non desinit facere fructus suos;* et il en dit cette raison, qui est décisive, *quia inventarium nihil habet commune cum fructibus* [1]. La coutume impose bien l'obligation au gardien de faire inventaire; mais il ne paraît pas qu'elle la lui impose comme une condition sans laquelle il ne pourra percevoir les fruits. On ne doit pas établir des peines que la loi n'a pas prononcées.

Il y a d'autres peines contre l'omission d'inventaire, savoir la continuation de communauté que les mineurs peuvent demander au survivant [2], et dans laquelle se confond l'émolument de la garde, ou s'ils ne jugent pas à propos de la demander, le juge, après le temps de la garde expiré, lorsqu'ils demanderont compte des meubles, doit estimer, après des enquêtes de commune renommée, la valeur des meubles dont on leur devra faire raison; enfin, le tuteur et les autres parents des mineurs peuvent, pendant le temps de la garde, poursuivre le gardien pour lui faire faire inventaire lorsqu'il néglige de le faire.

Dans la coutume d'Orléans, et dans les autres qui donnent au gardien noble la propriété des meubles, il n'est pas nécessaire qu'il en fasse d'inventaire, il doit seulement en faire un des titres des immeubles; mais celui qui a la garde comptable, y est obligé comme l'est tout autre tuteur.

§ II. *De la caution.*

80. Outre l'obligation de faire inventaire, la coutume de Paris impose encore à celui qui a la garde bourgeoise l'obligation de donner caution.

Le tuteur doit le poursuivre pour donner cette caution, et s'il ne la donne dans un court délai qui doit lui être imparti, le juge lui doit interdire la garde jusqu'à ce qu'il y ait satisfait.

La coutume de Paris n'oblige point le gardien noble à cette caution, et c'est une des différences entre l'une et l'autre de ces gardes.

---

[1] La raison donnée par Dumoulin ne nous paraît nullement décisive; car la confection de l'inventaire pourrait très bien être une condition à remplir préalablement sans l'accomplissement de laquelle l'usufruitier n'acquerrait pas les fruits. Le Code dit : *L'usufruitier ne peut entrer en jouissance qu'après avoir fait dresser un inventaire,* etc. *V.* art. 600, C. civ., note précédente.

[2] Lorsque les père et mère étaient mariés sous le régime de la communauté, si le survivant ne fait point inventaire, il n'y a pas lieu à la continuation de la communauté comme autrefois, mais il est privé de la jouissance des biens des enfants. *V.* art. 1442, C. civ.

Art. 1442 : « Le défaut d'inventaire « après la mort naturelle ou civile de « l'un des époux, ne donne pas lieu à « la continuation de la communauté; « sauf les poursuites des parties intéressées, relativement à la consistance « des biens et effets communs, dont la « preuve pourra être faite tant par titres que par la commune renommée. « —S'il y a des enfants mineurs, le défaut d'inventaire fait perdre en outre « à l'époux survivant la jouissance de « leurs revenus; et le subrogé tuteur « qui ne l'a point obligé à faire inventaire, est solidairement tenu avec lui « de toutes les condamnations qui peuvent être prononcées au profit des « mineurs. »

Dans notre coutume, le gardien, soit noble, soit comptable, n'est point tenu de donner caution.

Il y a néanmoins un cas auquel la gardienne noble y est tenue, c'est lorsqu'elle s'est remariée. Notre coutume veut qu'en ce cas elle donne caution au préalable, c'est-à-dire qu'elle et son nouveau mari peuvent être interdits de la garde jusqu'à ce qu'ils aient satisfait à cette obligation de donner caution [1].

§ III. *Des aliments et de l'éducation des mineurs.*

81. Le gardien doit, à ses frais, non-seulement nourrir et entretenir ses mineurs de tout ce qui est nécessaire à la vie; il doit leur donner une éducation convenable à leur naissance et à leurs facultés. Il doit leur donner pour cela les maîtres nécessaires, leur fournir les livres dont il est besoin; il doit examiner leurs talents et leurs dispositions, et les élever pour l'état auquel il les jugera dignes, soit pour la profession des armes, soit pour celle du barreau. Il doit mettre en équipage ceux qui sont destinés pour les armes, envoyer aux universités et faire prendre les degrés nécessaires à ceux qui sont destinés pour la robe; enfin, il ne doit rien omettre de ce qui peut servir à leur éducation, suivant leurs facultés et suivant l'état auquel ils sont destinés. Si le gardien noble ne satisfaisait pas à cette obligation, et ne donnait pas à ses mineurs les aliments ni l'éducation convenables, il pourrait être poursuivi par le tuteur, ou à défaut de tuteur, par les proches parents des mineurs, pour être condamné à leur donner les aliments et l'éducation convenables; et s'il continuait à manquer à ce qui serait à ce sujet ordonné par le juge, après l'avis des parents pris, on pourrait l'y contraindre par saisie des revenus des mineurs, jusqu'à ce qu'il eût satisfait, et même, selon les circonstances, on pourrait le priver de la garde [2].

---

[1] Les père et mère ayant l'usufruit légal du bien de leurs enfants, ne sont pas tenus de donner caution. (Art. 601, C. civ.)

Art. 601 : « (L'usufruitier) donne « caution de jouir en bon père de fa- « mille, s'il n'en est dispensé par l'acte « constitutif de l'usufruit; cependant, « les père et mère ayant l'usufruit légal « du bien de leurs enfants, le vendeur « ou le donateur sous réserve d'usu- « fruit, ne sont pas tenus de donner « caution. »

Lorsque la mère survivante convole à secondes noces, elle perd pour l'avenir l'usufruit légal sur les biens de ses enfants du premier lit. (Art. 386, C. civ.)

[2] L'art. 385, § 2°, met à la charge de l'usufruitier légal : « La nourriture, « l'entretien et l'éducation des enfants, « selon leurs fortunes. (*V.* ci-dessus, p. 499, note 1.) Ainsi le père ou la mère, acceptant l'usufruit légal, contracte personnellement une nouvelle obligation civile de nourrir et élever ses enfants mineurs auxquels les biens appartiennent, cette obligation est une condition de la jouissance pour tout le temps de sa durée. Cette obligation est fondée sur une cause toute différente de celle qui résulte du mariage, et elle ne s'estime point de la même manière. Lorsque l'obligation d'aliments n'a pour cause que le fait de la paternité, elle n'est fondée que sur la nécessité; elle cesse du moment que les enfants ont des ressources qui leur sont propres; tandis que les père et mère ayant l'usufruit légal des biens de leurs enfants sont tenus de les nourrir et entretenir, et de pourvoir à leur éducation, quand même les enfants auraient d'autres biens non soumis à l'usufruit légal.

En outre, l'obligation qui résulte de la paternité s'estime d'après les facultés du père et de la mère qui doivent fournir les aliments; au contraire les expressions *selon leur fortune*, de l'art. 385, C. civ., se réfèrent évidemment à la fortune des enfants.

§ IV. *De l'entretien des biens des mineurs.*

82. Le gardien doit entretenir en suffisant état les héritages sujets à la garde, c'est-à-dire qu'il doit faire les réparations et autres dépenses qui surviennent à faire pour l'entretien des héritages durant le temps de la garde. Ces impenses d'entretien sont des charges de sa garde ; mais elles ne l'obligent pas à faire, à ses dépens, celles qui étaient à faire lors de l'ouverture de la garde, car elles l'obligent bien à les entretenir, c'est-à-dire, conserver dans le bon état dans lequel il les a trouvés, mais non pas à les réparer et rétablir.

Cela est indubitable dans les coutumes qui ne donnent pas au gardien noble la propriété des meubles des mineurs. Dans celles qui la donnent, il semblerait équitable que le mobilier des mineurs fût employé à réparer leurs héritages, et que le gardien ne profitât que du surplus.

83. Le gardien, pour pouvoir se faire faire raison par ses mineurs des réparations qui étaient à faire lors de l'ouverture de la garde, doit les faire constater dans ce temps par un procès-verbal fait par des experts nommés par le juge, faute de quoi il est censé les avoir trouvés en bon état.

Le gardien noble doit aussi faire les frais des procès pour la conservation des biens sujets à la garde. Quelques coutumes en ont des dispositions, et on le doit décider dans celles qui ne s'en sont pas expliquées.

Cela est indubitable à l'égard des procès commencés du vivant du prédécédé, car ces frais sont de véritables dettes de la succession, dont le gardien est expressément chargé, comme nous le verrons au paragraphe suivant; mais on le doit décider aussi à l'égard des procès commencés durant la garde. La charge d'acquitter ces frais peut être regardée comme comprise dans celle d'entretenir et conserver les biens sujets à la garde; ces procès se soutenant pour la conservation desdits biens.

Cela a lieu non-seulement à l'égard des procès que le gardien, qui serait en même temps tuteur, aurait lui-même soutenus pour ses mineurs; mais dans le cas où le gardien n'étant pas tuteur, les procès auraient été soutenus par le tuteur des mineurs, sur un avis des parents convoqués devant le juge, et où le gardien aurait été appelé [1].

§ V. *De l'acquittement des dettes.*

84. Il n'est pas douteux que le gardien noble doit acquitter toutes les charges réelles des héritages dont il a la jouissance. L'acquittement de ces charges étant une charge naturelle de sa jouissance [2],

---

[1] L'art. 385, § 1° (*V.* ci-dessus, p. 499, note 1), soumet l'usufruitier légal aux mêmes charges auxquelles sont tenus les usufruitiers. Il faut cependant en excepter la caution, qui sera souvent remplacée par l'hypothèque légale; car le père ou la mère sera ordinairement tuteur.

Nous ferons remarquer, en ce qui concerne les frais des procès, que le Code a établi une règle générale (*V.* art. 613, C. civ.), et il n'y a pas de distinction à faire entre l'usufruitier légal et l'usufruitier conventionnel; l'un et l'autre ne seront tenus que des frais des procès qui concernent la jouissance, et des autres condamnations auxquelles ces procès pourraient donner lieu.

Art. 613 : « L'usufruitier n'est tenu « que des frais des procès qui concer- « nent la jouissance, et des autres con- « damnations auxquelles ces procès « pourraient donner lieu. »

[2] L'usufruitier légal doit acquitter, comme l'usufruitier ordinaire, toutes les charges annuelles des héritages, telles que les contributions et autres qui, dans l'usage, sont censées charges des fruits.

Pothier entend probablement, par

Il doit acquitter non-seulement les charges réelles échues durant le temps de sa garde, mais même celles échues du vivant du prédécédé, car ce sont des dettes mobilières de sa succession, qu'il est aussi tenu d'acquitter, comme nous l'allons voir ci-dessous [1].

Il doit pareillement acquitter les rachats auxquels, selon la coutume du Vexin, la mort du prédécédé a donné ouverture, et les relevoisons à plaisir dans notre coutume [2].

Il doit aussi acquitter les arrérages des rentes constituées dues par la succession du prédécédé, tant ceux courus du vivant du prédécédé, parce que ces arrérages échus sont dettes mobilières de sa succession, que ceux courus durant la garde, parce que, quoiqu'ils ne soient charges de la jouissance d'aucun héritage de la succession en particulier, ils sont charges de la jouissance de l'universalité des biens des successions, et cette jouissance appartenant au gardien noble, il en doit porter les charges [3].

85. Les coutumes chargent aussi le gardien de payer toutes les dettes mobilières de la succession du prédécédé ; la raison en est évidente dans les coutumes qui donnent au gardien noble la propriété des meubles des mineurs;

---

charges réelles, les arrérages des rentes foncières, parce que, dans les anciens principes, c'était le fonds plutôt que la personne qui devait la rente : aujourd'hui l'usufruitier légal serait tenu de ces mêmes arrérages, non pas parce qu'ils sont *charges réelles*, mais parce qu'il est usufruitier universel.

[1] L'usufruitier légal n'est plus tenu de toutes les dettes mobilières de la succession qui est échue aux enfants : néanmoins ; en ce qui concerne les arrérages échus du vivant du défunt, et non acquittés par lui, le troisième paragraphe de l'art. 385 (*V.* ci-dessus, p. 499, note 1), semble les mettre à la charge de l'usufruitier comme nous le dirons bientôt.

[2] Les droits de mutation ne sont point à la charge de l'usufruitier légal; seulement en sa qualité d'usufruitier universel, il nous paraît qu'il est tenu des intérêts des sommes déboursées pour cet objet.

[3] Il n'est pas douteux que l'usufruitier légal ne soit tenu de payer les arrérages des rentes qui ont couru depuis le commencement de sa jouissance, ce sont des charges annuelles qui seraient également imposées à tout autre usufruitier en vertu de l'art. 612, mais est-il également tenu de payer les arrérages échus antérieurement, c'est-à-dire pendant la vie de celui auquel les enfants ont succédé ? On peut dire, pour la négative, qu'il est injuste de faire commencer les charges avant l'émolument ; or les fruits et revenus ne commencent à courir au profit du père ou de la mère qu'au décès de la personne à la succession de laquelle arrivent les enfants ; on peut ajouter : Qu'il n'y a rien à conclure de l'ancien droit, car alors le gardien était tenu de toutes les dettes mobilières, parce qu'il acquérait irrévocablement le mobilier actif, ce qui n'a plus lieu dans le droit nouveau.

Cependant on peut répondre que, si l'on ne met pas à la charge de l'usufruitier légal les arrérages échus antérieurement à son entrée en jouissance, le troisième paragraphe de l'art. 385 (*V.* ci-dessus, p. 499, note 1), est parfaitement inutile et sans objet, puisque le premier paragraphe du même article comprend évidemment tous les arrérages et intérêts corrélatifs à la durée de la jouissance ; et qu'il est peu probable que les auteurs du Code aient voulu, dans un article distribué par numéros, faire une inutile répétition, une redondance. On peut ajouter qu'il n'y a aucune injustice, car la loi, en attribuant au père ou à la mère l'usufruit des biens de leurs enfants mineurs, leur accorde un véritable avantage ; elle peut y imposer des charges. Il est parfaitement libre au père ou à la mère d'accepter cette libéralité en se soumettant aux charges légales ou d'y renoncer : *Volenti non fit injuria. V.* Proudhon, *Traité de l'Usufruit*, t. 1, nos 206 et suiv.

car, suivant le principe de notre ancien droit français (dont à la vérité on s'est écarté dans nos coutumes, dans la matière des successions, pour la contribution aux dettes entre différents héritiers, mais qui a encore lieu dans les autres matières) les dettes mobilières suivent les meubles et en sont réputées une charge naturelle [1].

86. Dans les coutumes qui ne donnent pas la propriété des meubles au gardien noble, il ne laisse pas d'être tenu d'acquitter les dettes mobilières des mineurs; la coutume de Paris, art. 267 l'en charge expressément [2].

Néanmoins cette obligation d'acquitter les dettes des mineurs a beaucoup plus d'étendue dans les coutumes qui donnent au gardien la propriété des meubles, que dans celles qui ne la lui donnent pas.

Dans les premières, le gardien noble doit acquitter toutes les dettes mobilières de la succession du prédécédé, dont les mineurs sont tenus, soit envers des tiers, soit envers lui-même, quelque considérables qu'elles soient, et quelques causes qu'elles aient; on en excepte seulement ce que les mineurs doivent au gardien noble pour la reprise de ses deniers dotaux et remploi de propres. Ces dettes, quoiqu'elles aient pour objet une somme d'argent, et qu'en conséquence elles soient proprement mobilières, passent, à cause de la fiction, pour immobilières entre les conjoints.

87. Il faut observer que le survivant n'est créancier pour ces causes que sous la déduction de ce qu'il peut devoir lui-même à la communauté; *Putà*, pour récompense des sommes qu'il en a tirées pour ses affaires particulières.

88. Plusieurs prétendent qu'on doit aussi excepter le douaire préfix d'une certaine somme d'argent que les mineurs doivent à leur mère, leur gardienne noble, quoique ce soit une dette mobilière, parce qu'il représente le coutumier, et qu'en conséquence elle ne le doit confondre que pour les intérêts, par l'acceptation de la garde; ce qui souffre difficulté. On ne doit excepter aucune autre dette, soit envers des tiers, soit envers le gardien lui-même. Par exemple, la récompense du mi-denier des sommes tirées de la communauté pour l'avantage particulier du prédécédé, qui est due par les mineurs au survivant, se confond par l'acceptation de la garde, parce que c'est une dette mobilière.

89. Si néanmoins la somme tirée de la communauté avait servi à rembourser une rente due par le prédécédé en son particulier, comme en ce cas la récompense consisterait dans la rente même, qui revivrait [3], pour moitié, au profit du survivant contre les mineurs, héritiers du prédécédé, cette dette des mineurs ne se confondrait, par l'acceptation de la garde, que pour les arrérages qui en courraient pendant la garde, et non pour le capital, parce que le capital d'une rente n'est pas une dette mobilière, et ne doit pas, par conséquent, être acquittée par le gardien. Lorsqu'il a été convenu, par le contrat de mariage, que la femme, pour son droit de communauté, aurait une certaine somme, la dette de cette somme, dont les enfants du mari prédécédé sont tenus envers leur mère, leur gardienne noble, se confond par l'acceptation de la garde-noble, parce que cette dette étant une somme d'argent, est une dette

---

[1] Notre Code ne donne pas au père ou à la mère, ayant l'usufruit légal, la propriété des meubles des enfants, il n'y avait donc aucune raison pour leur imposer l'obligation d'acquitter sans répétition les dettes mobilières.

Le principe de l'ancien droit français que rappelle ici Pothier, n'est plus en usage que dans la composition *ab initio* de la communauté légale.

[2] Cette décision était peut-être peu rationnelle, mais elle n'avait rien d'injuste puisque l'acceptation de la garde était volontaire.

[3] Il n'y aurait pas lieu aujourd'hui à la résurrection de la moitié de la rente: ce serait une créance qu'aurait la communauté contre le conjoint, débiteur de la rente rachetée, qui est irrévocablement éteinte.

mobilière dont la gardienne noble est tenue d'acquitter les mineurs, sans qu'on doive faire attention que cette dette est le prix de la part de la femme dans les conquêts de la communauté. C'est ce qui a été jugé au profit de la fille de Cujas (par arrêt du mois de septembre 1594; Renusson, ch. 7, n° 36).

Par la même raison, si le prédécédé était débiteur d'un reliquat de compte de tutelle envers quelqu'un, on n'examinerait point si ce reliquat est formé du prix d'immeubles reçus par le tuteur, il suffit que ce reliquat soit la dette d'une somme d'argent exigible, et par conséquent une dette mobilière, pour que le gardien noble soit tenu de l'acquitter.

90. Dans les coutumes, telle que celle de Paris, qui n'accordent pas au gardien la propriété des meubles, Renusson (ch. 7, n° 3) dit qu'on est plus disposé à restreindre la charge d'acquitter les dettes mobilières. Par exemple, il pense que dans ces coutumes la gardienne noble ne doit pas faire confusion de la somme qui lui est due par ses enfants, héritiers de son mari prédécédé, pour son douaire préfix, quoiqu'il consiste en la créance d'une somme à une fois payer (*ibid.*, n° 45).

Renusson (*ibid.*, n°s 22 et suiv.) prétend aussi que, dans ces coutumes, le gardien noble ne doit pas confondre les récompenses qui lui sont dues par ses enfants, héritiers du prédécédé, pour les sommes tirées de la communauté par le prédécédé pour son profit particulier: *Putà*, pour construire un bâtiment sur son propre (n° 27, *in fine,* et suiv.), parce que, dit-il, ces récompenses ne sont pas tant des dettes de la succession du prédécédé, que le droit qu'a le survivant de s'égaler dans les biens qui restent à partager de la communauté, à ce que le prédécédé en a déjà tiré d'avance sur sa part.

91. Il convient néanmoins (*ibid.*, n° 28) qu'il a été jugé contre son sentiment que le gardien noble devait confondre ces récompenses, par un ancien arrêt (du 28 juin 1611) rapporté par Labbé (sur Tournet, art. 267, Paris) et par Tronçon (sur art. 267, v° *Dettes*), qui sont d'avis contraire à celui de Renusson. Lemaître est aussi d'avis contraire. Il est certain que, selon les principes, ces récompenses sont de vraies dettes mobilières de la succession du prédécédé, qui naissent de l'obligation personnelle que contracte un associé envers ses coassociés, de leur faire raison de tout ce qu'il a tiré pour son profit particulier, du fonds commun d'où naît l'action personnelle *pro socio.*

Le prédécédé qui a pris des sommes de deniers dans la communauté, pour ses affaires particulières, ne laisse pas de demeurer, pour sa moitié, propriétaire de tous et chacun les effets de la communauté.

92. Ce que prend le survivant sur les biens de la communauté, n'est que le paiement de la créance qu'il a, résultant de l'obligation que le prédécédé a contractée envers lui, de lui faire raison de ce que ledit prédécédé a tiré pour son compte particulier des biens de la communauté. Renusson a donc tort de dire que son opinion a plus de solidité et est plus conforme aux principes que celle suivie par l'arrêt. Si on la suivait, ce ne serait qu'en se relâchant de la rigueur des principes, et en restreignant l'obligation imposée au gardien d'acquitter les dettes mobilières qui doit être plus restreinte dans les coutumes qui n'accordent pas au gardien la propriété des meubles, que dans celles qui la lui accordent.

Renusson (*ibid.*, n°s 32 et suiv.) prétend aussi que le gardien noble ne doit pas confondre le préciput qui lui a été accordé par son contrat de mariage, soit qu'il consiste en corps certain, soit même qu'il consiste en deniers. On l'a jugé effectivement de cette manière pour un préciput en deniers, par un arrêt qui est rapporté par les commentateurs; le préciput est plutôt regardé comme un droit qu'a le survivant dans l'universalité des biens de la communauté qui sont à partager, qui naît de la loi sous laquelle elle a été contractée, que comme une dette du prédécédé. S'il avait été stipulé que la femme aurait son préciput de deniers, même en cas de renonciation à la communauté, et qu'elle y renonçât; comme par sa renonciation elle n'aurait aucun droit aux biens de la commu-

nauté, le préciput en deniers qu'elle aurait droit d'exiger, ne pourrait être exigé que comme une créance qu'elle aurait contre les mineurs, héritiers du prédécédé, laquelle étant mobilière, doit se confondre dans la garde-noble.

93. Si le préciput accordé à la femme même, en cas de renonciation, consistait en des corps certains, *putà* en ses habits, bagues et joyaux, on peut dire qu'il ne se confond pas par la garde-noble, parce que la propriété est censée en avoir été transmise, en vertu du contrat de mariage, à la femme qui en était en possession dès le temps de la mort du prédécédé : ce n'est donc point une dette qui se trouve dans la succession du prédécédé, lors de l'acceptation ou ouverture de la garde, que le gardien soit tenu d'acquitter.

Renusson (ch. 7, nos 35 et suiv.) décide que dans les coutumes qui ne donnent pas au gardien noble la propriété des meubles, la dette de la somme qu'il a été dit par le contrat de mariage que la femme aurait pour tout droit de communauté, ne doit pas se confondre par l'acceptation qu'elle fait de la garde-noble, parce qu'elle lui tient lieu de la part qu'elle eût dû avoir dans les biens tant immeubles que meubles de la communauté.

Il décide aussi (*ibid.*, n° 41) que la reprise de son apport mobilier qu'elle a stipulée en cas de renonciation à la communauté, ne doit pas, dans ces coutumes, se confondre par son acceptation de la garde-noble, parce que, encore bien que cette créance qu'elle a contre ses mineurs, soit une dette mobilière desdits mineurs, néanmoins cette créance étant la créance de ses deniers dotaux, elle a une faveur qui, dans ces coutumes, la peut faire excepter de la règle.

Il décide encore (*ibid.*, n° 42) que le reliquat d'un compte de tutelle dû par les héritiers du prédécédé, n'est point dans ces coutumes une dette dont le gardien noble soit tenu, lorsqu'il est formé du prix de remboursement de rentes reçues par le tuteur, parce que cette dette, quoique mobilière, a pour cause le prix d'immeubles.

Toutes ces décisions paraissent hasardées et souffrent grande difficulté. Lemaître (tit. 12, ch. 3) est d'avis contraire à Renusson sur la dette de la somme due pour tout droit de communauté [1].

§ VI. *Des autres charges que le gardien est tenu d'acquiter.*

94. Il y a plusieurs coutumes qui chargent expressément le gardien noble d'acquitter les frais funéraires du prédécédé dont la mort a donné ouverture à la garde.

Dans celles qui ne se sont pas expliquées expressément sur ces frais funéraires, mais qui donnent au gardien la propriété des meubles, on ne doute pas que le gardien en est tenu.

La question a fait plus de difficulté dans celles qui ne donnent pas au gardien la propriété des meubles ; telle qu'est celle de Paris : elle a été décidée contre le gardien par un grand nombre d'arrêts (des 20 mai 1634, 27 juin 1637, 12 août 1671, 8 avril 1675, et 27 août 1682), que Renusson rapporte (ch. 7, nos 57 et 58) compris sous le terme de *dettes*. La raison de douter était que la coutume de Paris charge le gardien d'acquitter les dettes, et que les frais funéraires sont plutôt des charges de la succession ; la raison de décider a été que la coutume, par ce mot général de *dettes*, n'a pas seulement compris les dettes du prédécédé qu'il a transmises dans sa succession, mais aussi les frais funéraires du prédécédé, lesquelles ne sont pas à la vérité dettes du défunt, mais sont en un sens dettes de la succession, puisque la succession en est tenue par rapport à la personne du défunt. Le gardien noble étant tenu des frais funéraires, il suit de là que la gardienne noble doit confondre ce qui lui est dû pour son deuil ; car le deuil de la veuve fait partie des frais funéraires du défunt [2].

---

[1] Toutes ces questions ne peuvent s'élever aujourd'hui.

[2] *V.* art. 385, v. 4° C. civ. (*V.* ci-dessus, p. 499, note 1.)

95. Doit-on décider la même chose à l'égard des legs des sommes de deniers? — Il y a des coutumes qui chargent le gardien de l'accomplissement du testament du défunt.

Dans les autres qui ne s'en sont pas expliquées, mais qui attribuent au gardien la propriété des meubles, il y a lieu de penser que le gardien en est tenu, et que dans ces coutumes le terme général de *dettes*, dont elles se servent, comprend toutes les charges mobilières de la succession, du nombre desquelles est l'acquittement des legs mobiliers, ces legs mobiliers étant, aussi bien que les dettes mobilières, une charge naturelle du mobilier de la succession, suivant les principes de notre ancien droit français, ci-dessus rapportés. Renusson (ch. 7, nos 64 et suiv.) prétend que, même dans les coutumes qui, comme celle de Paris, ne donnent point les meubles au gardien, le gardien noble doit acquitter les legs mobiliers qu'il prétend devoir être compris sous le terme de *dettes*; mais il est contredit par presque tous les commentateurs de la coutume de Paris. Le terme de *dettes* devant, dans ces coutumes, avoir une signification restreinte, comme Renusson en convient sur d'autres questions, ne doit pas s'étendre aux legs [1].

96. A l'égard des legs de corps certains, soit meubles, soit immeubles, il ne peut y avoir lieu à la question; le testateur en les léguant les distrait de sa succession, la propriété en passe au légataire; ces choses ne demeurent dans la succession que quant à la possession et à la jouissance, jusqu'à ce que les légataires en demandent la délivrance, et par conséquent le gardien noble n'en peut jouir que jusqu'à la demande des légataires, auxquels ces choses doivent être délivrées lorsqu'ils les demandent. Les frais d'inventaire, de scellés, de vente de meubles et autres semblables, doivent naturellement se prendre sur la chose. C'est pourquoi il y a lieu de penser que dans la coutume de Paris, et autres semblables, le gardien noble qui n'a que l'administration des meubles, et qui en doit rendre compte au mineur, peut coucher en mises ces sortes de frais.

§ VII. *Si le gardien noble est tenu des dettes et autres charges* ultrà vires, *et s'il est restituable contre l'acceptation de la garde.*

97. Il y a quelques coutumes dans lesquelles le gardien n'est tenu des dettes et autres charges qui lui sont imposées que jusqu'à concurrence de ce qu'il a perçu des biens des mineurs; mais dans les autres coutumes, et notamment dans celles de Paris et d'Orléans, la garde-noble est une espèce de marché ou forfait que le gardien noble est censé faire avec ses mineurs par l'acceptation qu'il en fait, par lequel marché il s'oblige envers ses mineurs à tout ce qui lui est imposé par les coutumes pour ce que lesdites coutumes lui attribuent dans les biens des mineurs, qui est comme le prix du marché ou forfait [2].

C'est pourquoi, de même que dans le cas auquel ce que le gardien a perçu de ce que les coutumes lui attribuent dans les biens des mineurs, excède les charges de la garde, il en profite; de même aussi, lorsque les charges de la

---

[1] Cette question ne peut s'élever sous l'empire du Code; il est hors de doute que l'usufruitier légal n'est pas tenu d'acquitter les legs personnellement et *de suo*.

[2] Parmi les charges imposées à l'usufruitier légal, il faut distinguer celles qui sont fixes et déterminées à une somme à payer une seule fois, et celles qui sont successives et corrélatives à la jouissance. L'usufruit légal étant accepté, l'obligation d'acquitter les charges de la première espèce est irrévocable, quel que soit l'émolument produit par l'usufruit; au contraire l'usufruitier se déchargera de l'obligation d'acquitter *in futurum* les charges de la seconde classe, en renonçant à son usufruit: il n'en est tenu que pour le temps corrélatif à sa jouissance.

garde excèdent ce qu'il a perçu des biens, il en doit supporter la perte. Il est donc tenu envers ses mineurs de les acquitter des dettes de la succession du prédécédé, et de satisfaire à toutes les autres charges de la garde, même au-delà de l'émolument qu'il en a perçu, et il n'est pas recevable à demander à en compter.

Mais lorsque par des dettes mobilières imprévues, les charges de la garde excèdent de beaucoup l'émolument, le gardien noble ne serait-il pas restituable contre l'acceptation de la garde ?

Il est certain que le gardien noble qui est majeur, ne l'est pas : il s'est chargé des dettes tant inconnues que connues, c'est un risque auquel il est soumis qui est de la nature du contrat.

98. *Quid*, si le gardien noble était mineur, lorsqu'il a accepté la garde ?

Plusieurs pensent que même le mineur n'est pas restituable, parce qu'étant, quoique mineur, capable de la garde-noble, il est capable de contracter toutes les obligations qui en dépendent. Ce sentiment me paraît souffrir beaucoup de difficulté, et la raison sur laquelle on le fonde n'est point concluante ; car de ce que le mineur est capable de la garde, il ne s'ensuit pas que, s'il a accepté une garde qui lui était évidemment désavantageuse, par défaut de lumières et de prudence, il ne doive pas être restituable, les mineurs l'étant dans tout ce qu'ils ont fait *imprudentiâ*.

Observez néanmoins que c'est vis-à-vis des mineurs que le gardien noble est obligé d'acquitter les dettes de la succession du prédécédé ; c'est pourquoi s'il y avait lieu à faire restituer les mineurs contre l'acceptation de cette succession, le gardien pourrait être déchargé des dettes de cette succession ; car ce n'est qu'indirectement qu'il peut être tenu de ces dettes, en tant qu'il est obligé d'en acquitter ses mineurs ; et il cesse d'être obligé d'en acquitter ses mineurs, lorsque ses mineurs, par la restitution contre leur acceptation, ont cessé d'en être tenus.

Il en est de même du cas auquel les mineurs seraient héritiers sous bénéfice d'inventaire.

SECTION IV.

Des manières dont la garde finit.

§ I. *Quand finit la garde-noble ?*

99. La garde-noble de chaque mineur finit, 1° lorsque le mineur a atteint l'âge auquel les mineurs sont hors de garde. Nous avons vu, sect. Ire, § III, quel était cet âge [1].

2° Par le mariage du mineur, quoiqu'il n'ait pas encore atteint cet âge, car le mariage émancipe, et le gardien noble qui consent au mariage, consent à la cessation de la garde [2].

3° Elle finit pareillement si le mineur est émancipé par lettres du prince, entérinées devant le juge, du consentement du gardien [3].

4° Elle finit par la mort naturelle du mineur, et pareillement par sa mort

---

[1] L'usufruit légal finit lorsque les enfants ont 18 ans accomplis.

[2] L'usufruit légal finit par l'émancipation, laquelle résulte du mariage.

[3] L'émancipation expresse résulte d'une déclaration faite devant le juge de paix, par le père, ou, après le décès du père, par la mère.

civile; comme si un garçon a fait profession religieuse, ou s'il a été condamné à une peine capitale[1].

5° Elle finit par la mort naturelle ou civile du gardien[2].

6° Dans plusieurs coutumes, du nombre desquelles est celle de Paris, la garde-noble finit lorsque le gardien noble se remarie[3]. (Paris, art. 268.)

100. Dans notre coutume, la garde-noble ne finit point par le mariage, soit du gardien noble, soit même de la gardienne noble, pourvu néanmoins que ce soit à un noble à qui elle se remarie; en ce dernier cas, elle passe au second mari de la gardienne, *vitric* des mineurs, qui gère conjointement avec sa femme. Elle change seulement de nom; car elle s'appelle *bail* au lieu de *garde*, et le *vitric* s'appelle *baillistre*.

Observez néanmoins que la gardienne qui se remarie ne peut conserver la garde et la faire passer à son second mari, qu'à la charge de donner caution pour les charges de ladite garde. (Orléans, art. 25.)

Faute de la donner, ils peuvent être poursuivis par les parents des mineurs pour la donner, et même privés de la garde s'ils ne la donnent pas dans le délai qui leur aura été prescrit.

101. Lorsque la gardienne et son second mari ne veulent pas continuer la garde, en donnant caution, s'il se trouve un aïeul ou aïeule, cet aïeul ou aïeule peut prendre la garde à la place de la mère qui s'est remariée. (Art. 25.)

Il n'y a pas pour cela deux gardes qui se succèdent, car la garde-noble, comme nous l'avons observé ci-dessus, ne peut se réitérer; la garde que prend en ce cas l'aïeul est la même garde qu'avait la mère, qui est censée, vis-à-vis de l'aïeul qui la prend à sa place, ne l'avoir jamais eue, et qui en conséquence doit compter à cet aïeul de tout l'émolument qu'elle a touché des biens des mineurs, sous la déduction de ce qu'elle a mis; car la garde passe, en ce cas, avec tous ses émoluments et toutes ses charges, à l'aïeul qui a bien voulu s'en charger à la place de leur mère et du beau-père.

102. Observez que ce n'est que vis-à-vis de l'aïeul que la mère est en ce cas censée n'avoir jamais eu la garde; car, nonobstant que l'aïeul prenne la garde à sa place, elle demeure toujours obligée envers ses mineurs à l'acquittement des dettes et autres charges de la garde, sauf son recours contre l'aïeul, qui a bien voulu prendre la garde à sa place. Il ne doit pas être au pouvoir de la gardienne, qui se remarie, de se libérer envers ses mineurs, par son fait, des obligations qu'elle a contractées envers eux.

Lorsque la gardienne noble se remarie à un roturier, elle perd la garde. Il est évident qu'elle ne la peut faire passer à son second mari, qui n'étant pas noble, est incapable de cette garde.

103. S'il y a un aïeul, pourra-t-il prendre la garde à la place de la mère qui s'est remariée, comme dans le cas précédent, et tout ce que nous avons observé sur ce cas doit-il recevoir application dans celui-ci?

Je pense que non. La raison de différence est que la garde-noble ne se perdant pas dans notre coutume par le second mariage que contracte la gardienne noble avec un noble, l'aïeul peut la prendre à la place de cette gardienne noble et du beau-père, lorsqu'ils ne jugent pas à propos de la continuer; mais lorsque la gardienne noble se remarie à un roturier, la garde-noble est éteinte comme lorsqu'elle meurt, parce qu'elle en devient incapable par ce mariage; l'aïeul ne peut donc pas en ce cas la prendre en sa place, ce serait une nouvelle garde qui serait déférée à l'aïeul; mais il ne peut y en avoir deux.

---

[1] L'usufruit légal finit par la mort de l'enfant, aussi bien par la mort civile que par la mort naturelle, car il n'est accordé que sur les biens des enfants.

[2] La mort naturelle ou civile de l'usufruitier éteint l'usufruit.

[3] L'usufruit légal cesse à l'égard de la mère qui se remarie.

Nous avons vu les manières par lesquelles la garde-noble finit de plein droit. Elle peut aussi finir par le ministère du juge, lorsque le gardien, sur la plainte du tuteur ou des parents, est, pour des malversations, destitué de la garde [1] : *Putà*, s'il dilapidait les biens, s'il ne fournissait pas aux mineurs les aliments ou les choses nécessaires pour leur éducation. On a aussi quelquefois destitué de la garde des mères qui vivaient dans une débauche publique [2].

§ II. *Quand finit la garde bourgeoise?*

104. La garde bourgeoise de la coutume de Paris finit plutôt que la garde-noble ; savoir, pour les garçons à 14 ans, et pour les filles à 12 accomplis. A cela près, elle finit par les mêmes manières dont finit la garde-noble.

La garde comptable de la coutume d'Orléans, n'étant autre chose qu'une

---

[1] Les malversations de l'usufruitier légal pourraient, comme dans l'usufruit ordinaire, autoriser les juges à prononcer la cessation de l'usufruit pour abus de jouissance.

[2] La mère qui vit dans une débauche publique, peut-elle être privée de l'usufruit?

« Cette question n'est pas sans « difficulté, dit M. Proudhon ; car on « peut dire pour la veuve, qu'il n'est « pas permis de lui appliquer une peine « qui n'est pas textuellement décrétée « contre elle par la loi ; qu'il n'en est « point du cas où elle se trouve comme « de celui où elle se serait remariée, et « aurait par là porté son usufruit en dot « à un nouvel époux ; qu'alors elle se « serait mise elle-même dans l'impossibilité d'en employer les émoluments « à l'entretien et à l'éducation de ses « enfants, ce qui en aurait changé « la destination ; mais qu'il n'en est « pas ainsi dans l'état où elle est, et « qu'en conséquence le motif sur lequel les auteurs du Code ont fondé « cette déchéance, lui est étranger.

« Mais, d'autre part, on peut dire, « avec beaucoup plus de force, en faveur des enfants légitimes ; que s'abandonnant à la débauche, leur mère « s'est rendue bien plus répréhensible « envers eux que si elle avait convolé « à de nouvelles noces, puisqu'au lieu « de les porter à la vertu, elle leur « donne l'exemple d'un dérèglement « de mœurs ; qu'ayant mérité de perdre « la tutelle par une inconduite notoire « (art. 444), et ses enfants devant cesser de lui être confiés, il serait injuste « qu'elle conservât encore la jouissance « de leurs biens lorsqu'elle s'est rendue « indigne de conserver l'administration « de leur personne ; que, dans tous les « temps, les veuves, vivant dans un état « d'impudicité notoire, ont été déclarées par les lois bien plus coupables « envers leurs enfants, que celles qui « contractaient de nouveaux mariages, « que toujours elles ont été soumises « aux peines des secondes noces, parce « qu'il serait répugnant autant aux principes de la raison qu'à ceux de la morale, d'accorder plus de droit à l'état « de débauche d'une femme qu'à celui « d'épouse légitime ; *Non enim amplius* « *aliquid habebit castitate, luxuria* « (*Novel.* 39, *cap.* 2, *in fine*) ; que la « justice exige ici la même condamnation, au moins par forme de dommages-intérêts envers les enfants ; que « tel a toujours été le sentiment des auteurs tant anciens que modernes, que « telle a toujours été aussi la jurisprudence des tribunaux français. (*Traité* « *de l'Usuf.*, tom. 1, nº 146.) »

Il faut supposer les déréglements de la mère très notoires, car on ne doit pas, au nom de ses enfants, intenter une action qui tendrait à la diffamer. *V.* art. 371 et 444, C. civ.

Art. 371 : « L'enfant, à tout âge, « doit honneur et respect à ses père et « mère. »

Art. 444 : « Sont exclus de la tutelle, et même destituables, s'ils sont « en exercice, — 1º Les gens d'une « inconduite notoire ; — 2º Ceux dont « la gestion attesterait l'incapacité ou « l'infidélité ».

tutelle légitime, elle finit comme la tutelle, lorsque le mineur a 25 ans accomplis, ou par son mariage, ou par son émancipation, ou par sa mort naturelle ou civile, ou par la mort naturelle ou civile du gardien. (Orléans, art. 32.) Le père où l'aïeul ne la perd pas lorsqu'il se remarie; mais la mère et, à plus forte raison, l'aïeule la perdent lorsqu'elles se remarient, à moins qu'il n'y ait quelque aïeul ou aïeule qui veuille prendre la garde. On élit en ce cas un tuteur aux mineurs; ce tuteur, qui fait rendre compte à la mère remariée, a l'administration des biens des mineurs jusqu'à leur majorité; mais on conserve à la mère, quoique remariée, le gouvernement et l'éducation des personnes de ses enfants.

SECTION V.

Si les dispositions des coutumes touchant la garde-noble sont statuts personnels ou réels.

105. Les dispositions des coutumes touchant la garde-noble sont, à différents égards, statuts personnels et statuts réels. Les coutumes, en tant qu'elles défèrent la garde-noble, sont statuts personnels, car elles ont pour objet les personnes des mineurs, dont elles règlent l'Etat et qu'elles assujettissent au gouvernement qu'elles défèrent à leurs gardiens. En tant qu'elles attribuent aux gardiens un émolument dans les biens des mineurs, elles sont statuts réels, car elles disposent des choses des mineurs, dont elles attribuent la jouissance au gardien [1].

De là il suit que la garde ne peut être déférée que par la coutume du lieu du domicile des mineurs, c'est-à-dire, de celui de leur père et mère au temps de la mort du prédécédé, qui a donné ouverture à la garde, car il est de la nature des statuts personnels de ne pouvoir exercer leur empire que sur les personnes qui leur sont sujettes par le domicile qu'elles ont dans leur territoire.

Il suit de là pareillement que le gardien noble ne peut avoir l'émolument de la garde-noble que sur les biens situés dans le territoire des coutumes, qui attribuent cet émolument au gardien, car il est de la nature des statuts réels de n'exercer leur empire que sur les biens situés dans leur territoire.

106. De là naît la décision d'une foule de questions [2]:

Un Lyonnais noble, meurt et laisse des enfants mineurs; sa veuve, leur mère, peut-elle jouir des biens de son mari, qui sont situés à Paris, et dont cette coutume accorde la jouissance à la gardienne noble?

Non; car cette veuve ne peut prétendre la jouissance de ces biens qu'autant qu'elle aurait le droit de garde-noble, et elle ne l'a pas. La coutume de Paris, en tant qu'elle défère le droit de garde-noble, étant un statut personnel, n'a d'empire que sur les personnes qui lui sont soumises par le domicile qu'elles ont dans son territoire; elle ne peut donc déférer un droit de garde-noble sur des mineurs lyonnais, qui ne sont point soumis à son empire. Cette veuve peut encore moins tirer des lois de Lyon le droit de garde-noble; ce droit y étant in-

[1] La disposition du Code qui attribue l'usufruit au père, et après la dissolution du mariage au survivant, est un statut réel, qui ne peut avoir d'application qu'aux biens situés en France.

[2] L'uniformité de législation pour toute la France a fait disparaître ces questions; elles ne peuvent s'élever aujourd'hui qu'à l'égard de biens situés à l'étranger.

connu. L'Authentique *matri et aviæ*, qui est une loi de Lyon, pays de droit écrit, défère bien aux mères la tutelle légitime de leurs enfants; mais ce droit de tutelle légitime est absolument différent du droit de garde-noble.

107. De même qu'il est nécessaire que les mineurs soient domiciliés dans le territoire de la coutume qui défère la garde, est-il pareillement nécessaire que ceux auxquels elle est déférée, y aient aussi leur domicile?

Je pense que non. Par exemple, si le survivant de deux Parisiens nobles refuse la garde-noble de ses enfants mineurs, je pense qu'à son refus l'aïeul des mineurs, quoique lyonnais, peut l'accepter en jugement au Châtelet de Paris; car c'est sur les mineurs qu'elle assujettit à la garde que la coutume exerce son empire; elle n'en exerce aucun sur les personnes à qui elle la défère, qui peuvent l'accepter ou ne la pas accepter, il suffit donc que les mineurs lui soient sujets et domiciliés dans son territoire, et il n'est pas nécessaire que ceux à qui elle défère la garde, le soient pareillement.

108. Un gardien nob'e, parisien, peut-il avoir la jouissance des héritages de la succession du prédécédé, situés dans notre coutume?

Il faut distinguer: si les coutumes où les biens sont situés, ont la même disposition que la coutume de Paris, le gardien noble en aura la jouissance. Par exemple, le gardien noble, parisien, aura la jouissance des héritages de la succession du prédécédé situés dans le bailliage d'Orléans, ce ne sera pas à la vérité en vertu de la coutume de Paris, qui étant à cet égard un statut réel, ne peut exercer son empire que sur les héritages situés dans son territoire, mais ce sera en vertu de la coutume d'Orléans qui attribue cette jouissance au gardien noble, et il n'importe que ce soit la coutume de Paris et non celle d'Orléans qui l'ait fait gardien noble; car la coutume d'Orléans attribuant cette jouissance au gardien noble, il suffit qu'il le soit pour l'avoir.

Que si les héritages sont situés dans un pays dont les lois ne connaissent pas le droit de garde-noble, comme est le pays de droit écrit, le gardien noble n'en aura pas la jouissance, car il ne peut l'avoir ni de la coutume de Paris qui ne peut le donner que sur les héritages situés dans son territoire et sujets à son empire, ni de la loi du pays de droit écrit, qui ne connaissant point le droit de garde-noble, n'attribue point cette jouissance au gardien noble.

109. Si la coutume du lieu où les héritages sont situés, admet un droit de garde-noble, seulement à l'égard du survivant du père ou de la mère des mineurs, telle qu'est celle du Maine, l'aïeul gardien noble des mineurs parisiens ne pourra pas prétendre la jouissance de ces héritages, car elle ne lui est accordée, ni par la coutume de Paris, qui n'a point d'empire sur les héritages situés hors son territoire, ni par celle du lieu où ils sont situés, qui ne reconnaissant point la garde-noble des aïeuls, n'attribue pas cette jouissance à l'aïeul, gardien noble.

Pareillement, si les héritages de la succession du prédécédé sont des héritages en roture qui soient situés dans une coutume qui n'accorde au gardien que la jouissance des héritages féodaux, telles que sont celles de Vermandois et de Melun, le gardien noble parisien ne pourra prétendre la jouissance de ces héritages, parce que la coutume de Paris ne peut donner la jouissance des héritages situés hors son territoire, et la coutume du lieu où ils sont situés ne la donne pas.

Au contraire, *vice versâ*, le gardien noble des mineurs de Melun peut avoir la jouissance des héritages en roture, situés dans les coutumes de Paris et d'Orléans, quoique la coutume de Melun, qui la lui a déférée, la restreigne aux héritages féodaux; car les coutumes de Paris et d'Orléans, à qui il appartient de donner cette jouissance des héritages situés dans leur territoire, la donnent au gardien noble, et par conséquent à lui qui est effectivement gardien noble.

110. Un père noble, parisien, qui n'a pas encore accepté en jugement la

garde-noble de ses mineurs, peut-il prétendre la jouissance des héritages situés dans la coutume d'Orléans, qui ne requiert aucune acceptation expresse? — Non; car pour que ce père puisse prétendre la jouissance des héritages situés en la coutume d'Orléans, il faut qu'il soit gardien; cette coutume donne bien la jouissance de ces héritages à celui qui est gardien noble, mais elle ne peut donner la garde de ces mineurs parisiens, sur lesquels elle n'a point d'empire, le père ne la peut tenir que de la coutume de Paris, à laquelle les mineurs sont sujets, et il ne peut, par conséquent, l'avoir plutôt qu'en l'acceptant en jugement, la coutume de Paris ne la donnant que sous cette condition.

Contrà vice versâ. Un gardien noble de mineurs orléanais peut jouir même des héritages situés à Paris, sans qu'il soit besoin qu'il accepte en jugement la garde; car il suffit que la coutume, qui ne requiert point cette acceptation, l'ait rendu de plein droit gardien noble, pour qu'il ait droit à cette jouissance, que la coutume de Paris, où les héritages sont situés, accorde au gardien noble.

111. Les différents temps réglés par les différentes coutumes, donnent aussi lieu à des questions.

Par exemple, la garde-noble d'un garçon dure à Paris et à Orléans jusqu'à 20 ans; à Tours, seulement jusqu'à 18. Le gardien noble d'un mineur tourangeau jouira-t-il des héritages de Paris, après que son mineur aura accompli 18 ans? — Non; car il a cessé d'être gardien, le droit de garde, que la coutume de Tours lui a donné, finissant à 18 ans.

Vice versâ. Un gardien noble de mineurs orléanais jouira-t-il jusqu'à 20 ans des héritages situés en Touraine?—Non; car, encore bien qu'il soit gardien jusqu'à cet âge, la coutume de Tours à qui seule appartient d'accorder cette jouissance sur les héritages situés en son territoire, ne l'accorde pas après l'âge de 18 ans, ne reconnaissant plus de garde après cet âge passé.

112. Par la même raison, un gardien noble de mineurs orléanais, qui s'est remarié, ne jouira pas des héritages situés à Paris, quoique la coutume d'Orléans ne fasse pas perdre la garde-noble par le mariage; car celle de Paris, à qui appartient d'accorder la jouissance des héritages situés en son territoire, en prive le gardien qui s'est remarié.

Vice versâ. Un gardien noble parisien, qui s'est remarié, ne jouira pas même des héritages situés dans la coutume d'Orléans, quoiqu'elle ne fasse pas perdre la garde par le mariage, parce que la coutume de Paris, de qui il tient le droit de garde, ne le lui ayant donné que sous la condition de ne se point remarier, il a perdu ce droit en se remariant, et il a cessé d'être gardien; il ne peut, par conséquent, prétendre une jouissance que la coutume d'Orléans accorde aux gardiens.

113. Il nous reste à observer que la translation de domicile que fait le survivant depuis la mort du prédécédé, ne dérange rien par rapport à la garde; c'est pourquoi, si le père noble de mineurs lyonnais va, après la mort de sa femme, établir son domicile à Paris, il n'acquiert pas, par cette translation de domicile, le droit de garde-noble, même par rapport aux héritages situés à Paris; car la coutume de Paris ne défère ce droit qu'au temps du prédécès de la femme.

Vice versâ. Le gardien noble parisien ne perd pas la garde en allant s'établir à Lyon, où il n'y a pas de garde, ou dans un pays où elle finit plutôt qu'à Paris; car l'ayant une fois acquise, il doit la conserver telle, et pour le temps qu'elle lui a été donnée.

FIN DU TRAITÉ DE LA GARDE-NOBLE ET BOURGEOISE.

TRAITÉ
DU PRÉCIPUT LÉGAL
DES NOBLES.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

1. La coutume de Paris, en l'art. 238, sous le titre *de la Communauté*, accorde un préciput au survivant des deux conjoints nobles. Voici les termes dans lesquels est conçue sa disposition :

« Quand l'un des deux conjoints nobles, demeurant tant en la ville de Paris « que dehors, et vivant noblement, va de vie à trépas ; il est en la faculté du « survivant de prendre et accepter les meubles étant hors la ville et faubourgs « de Paris, sans fraude : auquel cas il est tenu payer les dettes mobilières, et « les obsèques et funérailles d'icelui trépassé, pourvu qu'il n'y ait enfants, et « s'il y a enfants, partissent par moitié [1] »

Un grand nombre d'autres coutumes ont pareille disposition, et entre autres Montargis, voisine de la nôtre.

Il faut examiner en détail, quand il y a ouverture au préciput légal des nobles, quelles sont les personnes à qui la coutume accorde ce droit, et en quel cas ; en quoi il consiste, et quelles en sont les charges ?

ARTICLE PREMIER.

Quand y a-t-il ouverture au préciput légal des nobles, à quelles personnes les coutumes l'accordent-elles, et en quel cas ?

2. Par ces termes de la coutume : *quand l'un des deux conjoints va de vie à trépas*, il paraît que c'est la mort du prédécédé des deux conjoints qui donne ouverture à ce préciput au profit du survivant. Ces termes : *va de vie à trépas*, désignent la mort naturelle ; la mort civile de l'un des conjoints ne donne donc pas ouverture à ce préciput ; il a cela de commun avec tous les

[1] Ce préciput est complétement étranger à nos lois actuelles.

gains de survie, qu'il n'y a que la mort naturelle seule qui y donne ouverture [1].

C'est pourquoi, si l'un des deux conjoints est condamné à une peine capitale, il faudra attendre sa mort naturelle pour qu'il y ait ouverture à ce préciput au profit de l'autre. Si, au contraire, celui qui n'a pas été condamné mourait le premier, il n'y aurait aucune ouverture à ce préciput, le survivant s'en trouvant incapable par sa mort civile.

3. Comme c'est au temps du prédécès de l'un des deux conjoints, que la coutume de Paris ou les autres coutumes semblables accordent au survivant ce droit de préciput, il faut que les conjoints se soient trouvés en ce temps soumis à l'empire desdites coutumes, et par conséquent il faut qu'ils y aient eu en ce temps leur domicile.

C'est pourquoi si, lors de la mort du prédécédé, le domicile des conjoints était dans le territoire de la coutume d'Orléans, qui n'accorde point ce préciput; quoique les conjoints eussent leur domicile à Paris lors de leur mariage, il n'y aura pas lieu à ce préciput; à moins qu'il n'y eût clause au contrat de mariage, qu'il aurait lieu nonobstant translation de domicile; et, en ce cas, c'est la convention et non la loi qui l'accorde.

4. *Contrà vice versâ.* Si lors de la mort du prédécédé le domicile des conjoints était à Paris, quoiqu'il eût été à Orléans lors de leur contrat de mariage, il y aura lieu au préciput, à moins qu'il ne parût de la fraude dans la prétendue translation de domicile : *Putà*, si le mari avait fait cette prétendue translation pendant la dernière maladie de sa femme.

5. Ce préciput n'a lieu qu'entre nobles, car la coutume dit : *Quand l'un des deux conjoints nobles.* Ce terme paraît comprendre, non-seulement les nobles de naissance, mais aussi ceux qui le sont par un office qui donne à ceux qui en sont revêtus une noblesse transmissible. Il n'est pas nécessaire que la femme soit par elle-même noble, plusieurs coutumes s'en expliquent; car son mariage avec un noble la rend noble.

Contrà vice versâ. Si le mari n'était pas noble, sa veuve, quoiqu'elle soit noble, n'aura pas ce préciput, car elle suit, quant aux droits de son mariage, la condition de son mari; et la coutume dit : *quand l'un des deux conjoints nobles*, au pluriel; ce qui suppose la noblesse dans l'un et l'autre conjoint. La coutume de Paris ajoute : *et vivants noblement ;* car si un homme noble de naissance faisait une profession dérogeante à noblesse, il ne pourrait pas prétendre ce préciput. Il y a néanmoins quelques coutumes qui accordent ce préciput aux nobles de naissance, quoique vivant roturièrement, comme Châlons, art. 29.

6. Un aubain, demeurant en France, peut-il prétendre ce préciput?

Je ne le pense pas, car ce préciput n'étant dû en vertu d'aucune convention, même virtuelle et présumée, mais par le bénéfice du droit civil, il ne peut être prétendu par un aubain, *qui solius juris gentium communionem habet, non juris civilis.*

7. Pour qu'il y ait lieu au préciput, il faut qu'il y ait eu communauté de biens entre les conjoints, et qu'elle n'ait pas été dissoute avant la mort du prédécédé. Le texte de la coutume ne le dit pas bien clairement; mais c'est l'avis de tous les commentateurs de cette coutume, et de Dumoulin, dont l'autorité vaut seule celle de tous les autres [2]. C'est pour cela qu'ils appellent ce droit du survivant *un préciput ;* ce qui suppose une communauté de biens; car *préciput* est ce qui se prélève d'une masse commune. On peut même dire que la

---

[1] Aujourd'hui les gains de survie sont ouverts par la mort civile, aussi bien que par la mort naturelle.

[2] On voit quel cas Pothier fait de Dumoulin : les ultramontains ne partagent point cette opinion.

coutume de Paris l'insinue assez, parce que sa disposition est placée sous le titre de la communauté, d'où il résulte que ce droit est un prélèvement sur la communauté; elle l'insinue aussi par ces termes, dont elle se sert : *peut prendre*. Ce terme de *prendre* dénote un prélèvement, et ce qu'elle ajoute en fin de l'article, que *s'il y a enfants, les meubles se partiront*, suppose une communauté.

8. Lorsque les héritiers de la femme renoncent à la communauté, il est évident que ce préciput devient inutile au mari, puisque, par cette renonciation, tous les meubles de la communauté demeurent au mari; mais si c'est la femme qui a survécu, et qu'elle renonce à la communauté, aura-t-elle ce préciput?

Je ne le pense pas, car de même que le préciput conventionnel ne peut être prétendu par la femme qui renonce à la communauté, s'il ne lui a été expressément accordé, en cas de renonciation, par le contrat de mariage; on doit pareillement dire que ce droit du survivant qui est regardé comme un droit de *préciput*, et appelé tel par les auteurs, ne peut être prétendu par la femme qui renonce; en effet, la renonciation que fait une femme à la communauté, soit pour n'être pas tenue des dettes, soit pour reprendre sa mise, dont elle s'est réservé la reprise en cas de renonciation, emporte une abdication de tous ses droits sur les biens de la communauté, et par conséquent de ce préciput, qui s'exerce sur les biens de la communauté. C'est l'avis de Lebrun et de Duplessis, dont Lemaître s'est mal à propos écarté.

9. Si par une clause du contrat de mariage, la femme est restreinte *à une certaine somme pour tout droit de communauté*, pourra-t-elle, en cas de survie, prétendre ce préciput?

Je ne le pense pas, car ce préciput se prenant sur les biens de la communauté, compose aussi bien que la part qu'elle aurait pu prétendre en la communauté, son droit de communauté, qu'elle a abandonné pour cette somme.

10. Enfin, pour qu'il y ait lieu au préciput, il faut que le prédécédé n'ait point laissé d'enfants; c'est ce qui résulte de ces termes : *pourvu qu'il n'y ait d'enfants*.

Quoique la coutume s'explique au pluriel, *enfants;* néanmoins un seul suffit pour exclure le survivant de ce préciput, suivant cette règle de droit : *non est sine liberis cui unus filius est*.

Les petits-enfants sont compris en cette disposition sous le terme d'*enfants*.

Il n'importe aussi que l'enfant que le prédécédé a laissé, soit de ce mariage ou d'un précédent pour exclure le survivant de ce préciput.

11. Si l'enfant que le prédécédé a laissé renonçait à sa succession, le survivant aurait-il ce préciput?

La raison de douter est que l'enfant, au moyen de sa renonciation, n'ayant plus d'intérêt à empêcher que le survivant ait ce préciput, il semble ne devoir plus lui faire obstacle. Néanmoins, je pense que le survivant ne doit point, en ce cas, avoir ce préciput; car il suffit que cet enfant ait survécu et ait été habile à succéder au prédécédé, pour que la succession de la part du prédécédé dans le mobilier de la communauté, ainsi que de tous les autres biens du prédécédé lui ait été déférée. Et si cette part lui a été déférée dans la succession du prédécédé, elle demeure dans cette succession par la répudiation qu'en fait le prédécédé, et le survivant ne peut par conséquent la prétendre.

Que si cet enfant était exhérédé justement, comme, en ce cas, la succession ne lui aurait point été déférée, on pourrait penser qu'en ce cas il n'a pu faire obstacle au préciput du survivant.

A l'égard des enfants qui sont morts civilement, soit par la profession religieuse, soit par une condamnation capitale, il est sans difficulté qu'ils ne peuvent être considérés ni faire obstacle au préciput.

12. Si le prédécédé n'a laissé aucun enfant, mais que le survivant en ait

d'un autre mariage, Lebrun prétend que le survivant n'aura pas ce préciput. Il pense qu'il est de l'essence de ce préciput d'être réciproque, et conséquemment que le prédécédé n'ayant pu en espérer dans le cas auquel il aurait survécu, parce que l'autre conjoint avait des enfants, cet autre conjoint survivant n'en devait point avoir. Ce sentiment de Lebrun est réfuté par son annotateur, qui soutient que la coutume, par cette condition : *pourvu qu'il n'y ait enfants*, n'a eu d'autre vue que de préférer au survivant les enfants du prédécédé à la part des meubles de celui-ci ; que cela paraît par le texte de l'ancienne coutume, qui portait : *pourvu qu'il n'y ait enfants du trépassé* ; et par le procès-verbal sur cet article, qui ne fait pas mention qu'on ait voulu établir un droit nouveau par le retranchement de ces mots *du trépassé* ; d'où il suit qu'ils n'ont été retranchés que pour l'élégance du style, pour ne pas répéter deux fois *du trépassé*, et que dans la nouvelle coutume comme dans l'ancienne, il n'y a que les enfants du prédécédé et non ceux du survivant qui fassent obstacle à ce préciput. Quant à ce que Lebrun dit qu'il doit y avoir égalité, qu'il est de l'essence du préciput d'être réciproque, la réponse est que cela n'est nullement fondé.

Dumoulin, sur l'ancienne coutume, avait pensé que le père ou la mère du prédécédé, en qualité de son héritier au mobilier, devait aussi faire obstacle au preciput ; mais il paraît que son sentiment n'a pas été suivi.

ARTICLE II.

Quelles choses comprend ce préciput?

13. Ce préciput comprend tous les meubles corporels ; l'argent comptant y est compris, car il n'est pas douteux que l'argent comptant est un meuble.

La coutume de Paris n'en excepte que ceux qui seraient dans la ville ou faubourgs de Paris ; car elle dit : *les meubles étant hors la ville et faubourgs de Paris*.

La raison de cette exception, qui a été faite lors de la réformation, a été que le luxe, qui s'était déjà introduit à Paris, aurait rendu souvent ce préciput un avantage trop considérable.

14. Au reste, à l'exception des meubles étant dans la ville et faubourgs de Paris, tous les autres, quelque part qu'ils se trouvent, sont compris dans le préciput ; même ceux qui se trouveraient dans des lieux dont les coutumes n'accordent point ce préciput au survivant ; car les meubles n'ayant aucune situation, ne se régissent pas par la loi du lieu où ils se trouvent, mais par celle qui régit les personnes à qui ils appartiennent, c'est-à-dire celle de leur domicile.

15. Observez que si des meubles qui avaient coutume d'être dans la maison que les conjoints occupent à Paris, s'étaient trouvés, lors de la mort du prédécédé, dans un autre lieu où ils auraient été transportés, ils ne laisseraient pas d'être exceptés du préciput, comme s'ils étaient encore à Paris, si ce transport paraissait frauduleux et fait à dessein de le faire tomber dans le préciput, comme par exemple, si ce transport s'était fait pendant la dernière maladie du prédécédé, c'est ce que signifient ces termes de la coutume : *étant hors la ville et faubourgs de Paris, sans fraude*.

16. Il y a plus, quand même des meubles qui ont coutume d'être à Paris se seraient trouvés, lors du prédécès, dans un autre lieu où ils auraient été transportés, sans aucune fraude ni dessein de les faire entrer dans le préciput, mais dans le dessein de les reporter à Paris ; cette destination de retour à Paris,

doit faire considérer ces meubles, quoiqu'ils se trouvent *ad tempus* et par accident ailleurs, comme meubles de la ville de Paris, et comme tels exceptés du préciput. C'est l'avis de Lebrun et de Lemaître. Il me paraît fondé sur une règle de droit, qui définit que les meubles sont censés appartenir au lieu où ils ont coutume d'être, et où on a dessein de les reporter plutôt qu'à celui où ils se trouvent par accident et *ad tempus*. *Rebus quæ in fundo sunt, legatis accedunt, etiam ea quæ tunc non sunt, si esse solent nec quæ casu ibi fuerunt legata existimantur.* L. 78, § 7, ff. *de Leg.* 3°.

17. Suivant ces principes, lorsqu'un seigneur emmène dans un lieu où il doit résider quelque temps, pour quelque commission dont le roi l'a chargé, son argenterie, son linge, et autres meubles dont il avait coutume de se servir à Paris, et que lui ou sa femme vienne à mourir pendant ce temps, ces meubles, transportés de Paris, n'entreront point dans le préciput du survivant, parce qu'ils étaient destinés à être ramenés à Paris.

Contrà vice versâ. Si lors de la mort du prédécédé, quelque meuble de la campagne s'était trouvé à Paris, où on l'aurait porté dans le dessein de le renvoyer à la campagne, il devrait entrer dans le préciput, quoique trouvé à Paris, parce que sa destination lui faisait conserver sa qualité de meuble de campagne. On peut apporter pour exemple une pendule qu'on aurait envoyée de la campagne à Paris, chez l'horloger pour la faire raccommoder.

18. L'ancienne coutume de Paris faisait entrer dans ce préciput, non-seulement les meubles corporels, mais encore les dettes actives de la communauté; car l'art. 131 portait : *meubles et créances.* Ces mots *et créances* ont été rayés lors de la réformation. Il y a apparence que c'est par la même raison pour laquelle les meubles de Paris ont été exceptés du préciput, pour ne le pas rendre trop considérable.

A l'égard des autres coutumes, il y en a un assez grand nombre de celles qui admettent le préciput légal, qui y font expressément entrer les créances et dettes actives et mobilières, telles sont celles de Laon, Reims, Sens, et beaucoup d'autres.

19. Il y en a qui se servent des termes *de biens-meubles*, lesquels termes paraissent comprendre les dettes actives.

A l'égard des coutumes qui emploient seulement ces termes, *les meubles*, il y a lieu à la question si les dettes actives mobilières sont comprises sous ces termes. On doit à cet égard s'instruire de l'usage qui s'y observe; car, *optima legum interpres consuetudo.*

20. Il nous reste à observer que les dispositions testamentaires qu'aurait faites le prédécédé, ne peuvent donner aucune atteinte au préciput du survivant; car ses dispositions testamentaires ne peuvent avoir d'effet qu'après sa mort, auquel temps le préciput est déjà acquis au survivant.

Si donc un mari noble lègue, par testament, quelques meubles à des tiers, ils n'en appartiendront pas moins à sa veuve, et l'héritier en devra l'estimation au légataire, comme lorsqu'un testateur a légué la chose d'autrui [1].

Il en serait autrement s'il eût donné ces choses entre-vifs; car le préciput ne s'étend qu'aux meubles dépendants de la communauté, au temps du décès du prédécédé, et ceux qu'il a donnés entre-vifs n'en font plus partie.

---

[1] Le legs de la chose d'autrui n'est point valable aujourd'hui.

ARTICLE III.

Des charges du préciput légal.

§ I. *Des dispositions des différentes coutumes sur les charges du préciput légal.*

21. Les coutumes qui accordent le préciput des meubles au survivant noble, sont différentes à l'égard des charges de ce préciput.

Le plus grand nombre de ces coutumes charge expressément le survivant qui prend le préciput de l'acquittement des dettes du prédécédé, et des frais de ses obsèques et funérailles.

Elles s'expriment différemment sur cette charge des dettes. Les unes disent, *dettes mobilières*, les autres disent, *dettes personnelles*, les autres disent simplement *les dettes*, mais nonobstant ces différences d'expressions, dans toutes ces coutumes, le survivant qui prend le préciput, n'est tenu que de l'acquittement des dettes mobilières.

22. Plusieurs coutumes ajoutent à l'acquittement des frais funéraires, celui de l'accomplissement des *legs pieux*, c'est-à-dire, faits pour causes pies et par forme d'aumône.

Ces coutumes s'expriment encore différemment. Celle de Sens dit : *en legs piteux, consistants en deniers ou en meubles, pour une fois*. Plusieurs disent indistinctement *les legs piteux;* mais la limitation portée par la coutume de Sens y doit être sous-entendue, et même si la somme léguée était trop considérable, les héritiers en devraient être tenus, et non le survivant.

23. Quelques coutumes ne restreignent par la charge des legs aux *piteux ;* et dans ces coutumes, le survivant est tenu d'acquitter, non-seulement ceux qui sont faits pour causes pies, mais même les autres que le prédécédé aurait faits à ses parents ou amis ; il n'est néanmoins tenu que de ceux qui consistent en quelques effets mobiliers ou en quelque somme d'argent modique : et c'est une limitation qui doit se sous-entendre dans la disposition de quelques-unes de ces coutumes, qui s'expriment en termes généraux, *les legs, les testaments.*

La coutume de Péronne restreint la charge d'acquitter les legs à ceux *en espèce*, c'est-à-dire, qui consistent dans quelque corps certain d'entre ceux qui entrent dans le préciput légal.

24. Quelques coutumes, comme Charny, ne chargent le survivant qui prend le préciput, que de l'acquittement des dettes, et non des frais funéraires ; celle de Charny même l'en décharge en termes exprès.

D'autres coutumes, comme celle de Berri, ne s'expliquent point du tout sur les charges de ce préciput. Lebrun pense que dans ces coutumes le survivant qui prend ce préciput doit être tenu des dettes comme en serait tenu un donataire universel, c'est-à-dire qu'il y doit contribuer à proportion de l'émolument, avec les héritiers et autres successeurs universels du prédécédé [1].

§ II. *Des charges du préciput légal, selon la coutume de Paris.*

25. La coutume de Paris est du nombre de celles qui chargent le survivant, qui prend le préciput légal, d'acquitter les dettes mobilières et frais funéraires du prédécédé.

Selon quelques auteurs, le survivant est tenu, non-seulement des dettes de

---

[1] En lisant ces détails, on doit se féliciter de l'uniformité de législation.

la communauté, mais même des autres dettes mobilières du prédécédé, qui ne sont point tombées en communauté, comme étant antérieures au mariage, et exclues de la communauté par une clause de séparation de dettes, ou comme ayant pour cause le prix d'un immeuble. La raison sur laquelle on appuie ce sentiment, est que la coutume charge le survivant indistinctement des dettes mobilières du prédécédé ; ce qui comprend tant celles qui lui sont propres, que celles de la communauté, parce que *ubi lex non distinguit nec non debemus distinguere*. C'est l'avis de Lebrun et de Duplessis. Lemaître est d'avis contraire ; il dit que le préciput ne concernant que les meubles de communauté, ces charges ne doivent pareillement s'étendre qu'aux dettes de la communauté ; que si la coutume a dit indistinctement *dettes mobilières*, c'est que par la coutume toutes les dettes mobilières sont effectivement dettes de communauté, et que celles qui en sont exclues par une clause de séparation de dettes doivent être regardées, à cet égard, en quelque façon comme immobilières vis-à-vis des conjoints.

26. La femme qui prend ce préciput, quoiqu'elle soit obligée d'acquitter les dettes mobilières de la succession du prédécédé, ne confond point néanmoins le douaire qui lui est dû par cette succession, quand même il consisterait dans une simple somme d'argent, qui lui aurait été constituée pour douaire, et ferait par conséquent une dette mobilière de la succession du prédécédé.

Cela est indubitable dans le sentiment de Lemaître, qui ne charge ce préciput que des dettes de la communauté, car le douaire est une dette propre du prédécédé.

Cela pourrait souffrir plus de difficulté dans le sentiment de ceux qui chargent ce préciput de toutes les dettes mobilières du prédécédé, tant communes que propres. Néanmoins Lebrun, qui est de ce sentiment, excepte des charges de ce préciput tout ce qui est dû au survivant par la succession du prédécédé, pour ses conventions matrimoniales, dont il ne veut pas que le survivant confonde rien. Et par conséquent le douaire de la femme survivante se trouve excepté.

Il ne veut pas non plus que le survivant confonde rien, à cause de ce préciput, de ce qui lui est dû pour sa part dans les récompenses que la succession du prédécédé doit à la communauté pour les sommes que le prédécédé en a tirées pour son avantage particulier.

Tous conviennent aussi que le survivant qui prend ce préciput, peut prélever en entier sur les autres biens de la communauté, tous les prélèvements qu'il a droit d'y exercer pour ses reprises de deniers dotaux et remplois de propres. On prétend même que, nonobstant ce préciput légal, il peut encore prendre sur les meubles de Paris, qui sont exceptés du préciput légal, son préciput conventionnel, l'un ne devant point détruire l'autre.

27. Au reste, ce préciput légal n'est affranchi de contribuer, soit au préciput conventionnel, soit à toutes les reprises que le survivant a droit d'exercer sur la communauté, qu'autant qu'il se trouve suffisamment d'autres biens de la communauté sur lesquels ces reprises puissent être exercées ; s'il n'y en a pas suffisamment, ces reprises, pour ce qui s'en manque, peuvent et doivent même absorber les meubles du préciput légal.

Cette décision a lieu, même à l'égard des reprises de la femme survivante ; car, quoiqu'elle ait droit de se venger pour ses reprises, même sur les biens propres de son mari, néanmoins comme elle ne peut s'y venger qu'à défaut des biens de la communauté, il faut que ce qui compose le préciput légal, consistant en biens de communauté, soit épuisé auparavant.

Non-seulement les reprises du survivant, mais aussi celles que les héritiers du prédécédé ont à exercer, peuvent entamer et même absorber le préciput,

à défaut d'autres biens de la communauté sur lesquels elles puissent être exercées.

La coutume de Paris charge encore le préciput légal de l'acquittement des obsèques du prédécédé.

28. Le deuil de la veuve faisant, en quelque façon, partie des frais funéraires, la veuve qui prend ce préciput, ne peut donc rien prétendre pour son deuil ; elle en doit faire confusion sur elle.

29. Il n'est pas douteux que le survivant qui a pris le préciput légal sans faire aucun inventaire, est tenu indéfiniment de toutes les dettes et charges dont la coutume le charge pour ce préciput, quand elles excéderaient l'émolument de ce préciput. La question est de savoir si la veuve, qui n'a pris ce préciput qu'après avoir fait un inventaire exact de tous les effets de la communauté, même de ceux qui doivent composer ce préciput, est tenue des charges de ce préciput, *ultrà modum emolumenti.*

On dit en faveur de la veuve, que le privilége d'une veuve qui a fait inventaire, est constant « de n'être tenue des dettes de la communauté que jusqu'à concurrence de ce qu'elle en amende, et par conséquent jusqu'à concurrence seulement, tant de sa part en la communauté que de ce préciput, qui est tout ce qu'elle amende de la communauté. » — On ajoute que les successeurs universels, autres que les héritiers, ne sont tenus des dettes des biens auxquels ils succèdent, que jusqu'à concurrence desdits biens.

Nonobstant ces raisons, Lebrun décide que la veuve doit être tenue, *ultrà modum emolumenti*, des charges du préciput lorsqu'elle l'a une fois accepté. Sa raison est que le survivant, en acceptant ce préciput, fait une espèce de quasi-contrat, de forfait et de marché avec les héritiers du prédécédé, par lequel il se charge, pour les meubles qui composent ce préciput, de l'acquittement des dettes et autres charges que la coutume lui impose, à peu près comme celui que fait le gardien noble avec ses mineurs, en acceptant la garde : que de même qu'il profite du bénéfice lorsqu'il s'en trouve, il doit aussi supporter la perte lorsqu'il y en a.

A l'égard des objections, on répond à la première, que la veuve a le privilége de n'être tenue des dettes de la communauté que jusqu'à concurrence de l'émolument, lorsque c'est en sa qualité de commune qu'elle en est tenue ; mais il ne s'ensuit pas qu'elle ne puisse s'en charger au-delà de l'émolument par l'acceptation de ce préciput. — On répond à la seconde objection, qu'un successeur universel, tel qu'un légataire ou donataire universel, n'est pas tenu des dettes au-delà des biens auxquels il succède, parce qu'il n'en est tenu qu'autant qu'ils sont chargés de ces dettes, et par conséquent, en abandonnant lesdits biens, il doit cesser d'en être tenu ; mais le survivant est tenu des dettes dont la coutume le charge, non pas simplement comme d'une charge des biens qui composent son préciput légal, mais comme d'une espèce de charge du marché qu'il est censé faire en acceptant ce préciput.

Si le survivant était mineur lorsqu'il a accepté ce préciput, il n'est pas douteux qu'il peut, dans le temps accordé pour la restitution des mineurs, se faire restituer contre cette acceptation si ce préciput se trouvait lui être onéreux.

FIN DU TRAITÉ DU PRÉCIPUT LÉGAL DES NOBLES ET DU SIXIÈME VOLUME.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS CE VOLUME.

TRAITÉ DU CONTRAT DE MARIAGE.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE. 1

PREMIÈRE PARTIE.

CE QUE C'EST QUE LE CONTRAT DE MARIAGE ; QUELLES ÉTAIENT CHEZ LES ROMAINS LES ESPÈCES DE MARIAGES ; ET PAR QUELLES LOIS LE MARIAGE EST RÉGI. 2

CHAP. Ier. Ce que c'est que le contrat de mariage. . . . . ib.

CHAP. II. Des différentes espèces de mariages. 3

§ I. Des différentes espèces de mariages que pouvaient contracter les citoyens Romains. . . . . ib.

§ II. Cette double espèce de mariage est-elle encore en usage. 5

§ III. Du mariage des esclaves. . . . . ib.

CHAP. III. Par quelles lois se régit le contrat de mariage. 6

ART. I. De l'autorité de la puissance séculière sur le mariage. . . . . ib.

ART. II. De l'autorité de l'Eglise sur les mariages. 11

SECONDE PARTIE.

DES CHOSES QUI ONT COUTUME DE PRÉCÉDER LE MARIAGE. 13

CHAP. I. Des fiançailles. . . . . ib.

ART. I. De l'antiquité de l'usage des fiançailles ; et des raisons de cet usage. . 14

ART. II. Quelles personnes peuvent contracter ensemble des fiançailles. . . . ib.

ART III. Comment se contractent les fiançailles. 15

ART. IV. Des choses qui ont coutume d'accompagner les fiançailles. 17

§ I. De la bénédiction des fiançailles. . ib.

§ II. Des arrhes et des présents de mariage. 18

§ III. De l'acte qui contient les conventions matrimoniales. 19

ART. V. Des effets que produisent les fiançailles. 20

ART. VI. Quels juges sont compétents pour connaître de la validité des fiançailles. La partie qui refuse de les exécuter, peut-elle y être contrainte ; et quelle est la peine de son refus. . . . 21

ART. VII. Des causes qui peuvent décharger de leur engagement les parties qui ont contracté des fiançailles. . . 22

CHAP. II. Des bans de mariage. 27

§ I. De l'antiquité de l'usage des bans de mariage et de leur nécessité. . . . ib.

§ II. De la forme des bans de mariage. 29

§ III. Par qui doit se faire la publication des bans. . . . . ib.

§ IV. Où doit se faire la publication des bans. . . . . ib.

§ V. En quel temps se fait la publication des bans. 31

§ VI. Des choses dont le curé doit s'assurer avant de publier les bans de mariage. . . . . ib.

§ VII. Des dispenses de bans. 32

§ VIII. Des oppositions aux bans. . . . 33

TROISIÈME PARTIE.

DES PERSONNES QUI PEUVENT CONTRACTER MARIAGE ENSEMBLE ; ET DES EMPÊCHEMENTS DE MARIAGE QUI SE RENCONTRENT DANS LES PERSONNES.

CHAP. I. Divisions générales des empêchements de mariage qui se rencontrent dans les personnes. . . . . ib.

CHAP. II. Des empêchements dirimants de mariage qui sont absolus. 34

CINQUIÈME PARTIE.

DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT DU MARIAGE, ET EFFETS CIVILS QU'IL PRODUIT.

CHAP. I. Des obligations qui naissent du mariage. 474
ART. I. Des obligations que les personnes qui se marient contractent l'une envers l'autre par le mariage. . . . . ib.
§ I. Obligations du mari. . . . . ib.
§ II. Obligations de la femme. 475
ART. II. Des obligations que le mariage produit dans les père et mère envers les enfants qui en naissent, et de celles qu'il produit dans les enfants envers les père et mère. . . . . ib.
§ I. Obligations des père et mère. . . . ib.
§ II. Obligations des enfants. 477
§ III. Obligations respectives des père et mère et de leurs enfants bâtards. . 479
CHAP. II. Des effets civils du mariage. 480
ART. I. Quels sont les effets civils du mariage? . . . . ib.
ART. II. De la légitimation que le mariage opère des enfants nés d'un commerce que les parties ont eu ensemble auparavant. 483
§ I. De l'origine de la légitimation qui se fait par le mariage, et des raisons sur lesquelles elle est fondée. . . . . . . ib.
[illegible] enfants peuvent être légitimés [illegible] leurs père et mère, [illegible] 486
§ III. Quels mariages ont l'effet de légitimer les enfants nés auparavant? . . 491
§ IV. Comment se fait la légitimation? . 492
§ V. Quels sont les effets de cette légitimation? 493
ART. III. De certains mariages qui, quoique valablement contractés, n'ont pas les effets civils. 494
Première espèce . . . . ib.
Seconde espèce. . . . . ib.
Troisième espèce. 495
ART. IV. Du cas auquel un mariage, quoique nul, a des effets civils que lui donne la bonne foi des parents qui l'ont contracté. 497

SIXIÈME PARTIE.

DES CASSATIONS DE MARIAGES; DE LEURS DISSOLUTIONS, ET DE LA SÉPARATION D'HABITATION. 201

CHAP. I. Des cassations de mariage. . . ib.
ART. I. Par qui les demandes en cassation de mariage peuvent-elles être intentées? . . . . ib.
§ I. Des parties qui ont contracté le mariage . . . . ib.
§ II. Des père et mère 203
§ III. Des tuteurs. . . . . ib.
§ IV. Des parents collatéraux. 204
§ V Des autres personnes qui ont intérêt à faire déclarer le mariage nul. . . . 205
§ VI. Du curé des parties. . . . . . . ib.
§ VII. De la partie publique. . . . . . ib.
ART. II. Par quelles voies et devant quels juges la cassation d'un mariage peut-elle être demandée? 208
Premier cas. . . . . ib.
Second cas. 209
Troisième cas. . . . . ib.
ART. III. De l'office du juge dans les causes de cassation de mariages, et des jugements qui se rendent sur cette matière. . . . . ib.
CHAP. II. De la dissolution du mariage. 211
ART. I. Du divorce et de l'esclavage. . . ib.
§ I. Du divorce. . . . . ib.
§ II. De l'esclavage. 213
ART. II. De la profession religieuse. . . ib.
§ I. De l'insuffisance de la profession religieuse pour rompre les liens du mariage. . . . . ib.
§ II. Exception que le droit des décrétales et le concile de Trente ont apportée au principe sur l'insuffisance de la profession religieuse pour rompre le lien du mariage 216
ART. III. Si l'adultère de la femme dissout le mariage. 221
ART. IV. Lorsque l'un des conjoints qui se sont mariés [illegible] étant infidèle, se fait chrétien, peut-il diss[illegible] le lien du mariage qu'il a contra[illegible] l'autre qui persévère dans l'incré[illegible] 228
§ I. Raisons pour soute[illegible] Paul permet un véritable di[illegible] rompt le lien du mariage. 229
§ II. Raisons pour soutenir qu'un infidèle converti au christianisme ne peut rompre le lien du mariage qu'il a contracté dans l'infidélité, et l'arrêt intervenu sur cette question 231
CHAP. III. De la séparation d'habitation. 235
ART. I. De la séparation d'habitation qui intervient sur la demande de la femme. . . . . ib.
§ I. Quelles sont les causes pour lesquelles une femme peut demander la séparation d'habitation? . . . . . . ib
§ II. Comment s'obtient la séparation d'habitation? 238
§ III. Des effets de la séparation d'habitation. 240
ART. II. De la séparation d'habitation qui intervient sur la demande du mari. 242

SEPTIÈME PARTIE.

DES SECONDS MARIAGES ET DE L'ÉDIT DES SECONDES NOCES. 244

Chap. Ier. Des seconds mariages. . . . ib.

Chap. II. De l'édit des secondes noces. 245

Sect. I. Du premier chef de l'édit des secondes noces. 246

Art. I. Quelles sont les personnes auxquelles la défense de l'édit est faite; quelles sont celles auxquelles il leur est défendu de donner? 247

§ I. Quelles sont les personnes auxquelles la défense de l'édit est faite? . . . . . ib.

§ II. Quelles sont les personnes auxquelles l'édit défend de donner? . . . 248

Art. II. Quels sont les dons et avantages sujets à la réduction de l'édit? . . 250

Art. III. En quel cas y a-t-il lieu à la réduction de l'édit, et à quelle part d'enfant sont réductibles les donations faites aux seconds et ultérieurs maris, ou aux secondes et ultérieures femmes? 259

Art. IV. Quels enfants peuvent demander le retranchement ordonné par l'édit? 263

Art. V. Quelles actions ont les enfants pour demander le retranchement ordonné par l'édit, et comment y procède-t-on? 265

Art. VI. Comment et à quel titre se partagent les biens retranchés, et entre quelles personnes? 272

Art. VII. Des donations de *part d'enfants*. 274

Sect. II. Du second chef de l'édit. . . 279

Art. I. Quels avantages du premier mariage sont sujets au second chef de l'édit? 280

Art. II. De l'espèce de substitution légale dont l'édit charge la femme ou l'homme qui se remarie. 282

Art. III. Quels sont les enfants qui sont appelés à recueillir la substitution légale établie par le second chef de l'édit. L'aîné y prend-il son droit d'aînesse, et quand s'éteint-elle? . . . 285

§ I. Quels sont les enfants qui sont appelés? . . . . ib.

§ II. L'aîné a-t-il droit d'aînesse dans cette substitution? 287

§ III. Quand s'éteint cette substitution? ib.

Sect. III. De l'extension que la coutume de Paris a donnée à l'édit, par rapport aux conquêts que la femme qui se remarie a de ses précédents mariages. 288

Art. I. De la défense faite par la coutume à la femme qui se remarie, de disposer, au profit de ses second ou autres subséquents maris, des conquêts de ses précédents mariages, au préjudice des enfants des mariages pendant lesquels ils ont été faits. 289

§ I. Quels sont les biens compris dans cette défense? . . . . ib.

§ II. De l'effet qu'a, par rapport au second mari, la défense faite à la femme qui se remarie, de disposer des conquêts de son premier mariage. 295

Art. II. De la défense que fait la coutume à la femme qui a convolé en secondes ou autres noces, de disposer des conquêts de ses précédents mariages, envers quelque personne que ce soit. 297

§ I. Quelle est la nature de la défense de disposer des conquêts, établie par l'art. 290; et en quoi elle diffère du second chef de l'édit? 298

§ II. Limitation de la défense de disposer des conquêts aux portions des enfants du premier mariage. 299

§ III. Quelles espèces d'aliénations sont comprises sous la défense de disposer des conquêts, établie par l'art. 279? . ib.

§ IV. Quand le droit qu'ont les enfants de faire infirmer les dispositions que leur mère a faites des conquêts, est-il ouvert? 300

§ V. En quelle qualité les enfants des précédents mariages ont-ils ce droit de se faire délaisser, pour les portions qu'ils auraient amendées de leur mère, les conquêts qu'elle a aliénés contre la défense de l'art. 279. . . . . . . ib.

§ VI. Quand cesse l'interdiction? . . . 302

Art. III. Si la disposition de l'art. 279 de Paris, sur les conquêts du précédent mariage, doit être étendue à l'homme qui s'est remarié, et si elle a lieu dans les autres coutumes. 303

§ I. Si l'article doit être étendu à l'homme qui s'est remarié. . . . . ib.

§ II. Si la disposition de l'art. 279 de la coutume de Paris sur les conquêts, a lieu ailleurs; et à quelle coutume on doit avoir égard, pour décider si la disposition qu'une femme qui s'est remariée a faite des conquêts de ses précédents mariages, est valable. 304

Chap. III. Des peines de l'ordonnance de Blois contre les veuves qui contractent des mariages avec des personnes indignes. 305

APPENDICE

AU TRAITÉ DES CONTRATS DE MARIAGE. 308

Extrait des Pandectes (liber XLVIII, titu-

lus V), ad legem Juliam de adulteriis coercendis. 308
SECT. I. De adulteriis . . . . *ib.*
ART. V. De pœnâ adulterii. . . . . . . *ib.*
ART. VI. Quæ permittantur patri et marito in mulierem adulteram et adulterum ejus. 310
§ I. De jure occidendi adulteros, quod patri filiæ conceditur. 310
§ II. An idem marito liceat quod patri; circa jus occidendi adulteros.. 312
§ III. Quæ jura communia sint patri et marito contra adulteros. 314

TRAITÉ DU DOUAIRE.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE. 315

PREMIÈRE PARTIE.

DU DOUAIRE DE LA FEMME. . . . . *ib.*

CHAP. I. De l'origine du douaire, et de sa nature; et quelles femmes doivent avoir un douaire 317
ART. I. Quelle est l'origine du douaire? *ib.*
ART. II. De la nature du douaire. . . . 318
ART. III. Quelles femmes doivent avoir un douaire. 319
CHAP. II. En quoi consiste le douaire. . 321
SECT. I. En quoi consiste le douaire coutumier? . . . . *ib.*
ART. I. De la variété des coutumes sur ce en quoi consiste le douaire coutumier. *ib.*
ART. II. Quels sont les biens du mari que la coutume de Paris, et le droit le plus commun des coutumes, assujettit au douaire; et pour quelle portion? 324
§ I. Ce que la coutume entend par ces termes, *des héritages*. . . . . . . *ib.*
§ II. De ce que la coutume entend par les termes, *que le mari tient et possède au jour des épousailles* 326
§ III. De ce que la coutume entend par ces termes, *échéent et aviennent en ligne directe au mari* 330
§ IV. De ce qui résulte de ces termes, *depuis la consommation dudit mariage, et pendant icelui*. 331
§ V. Quelles choses sont censées advenues en ligne directe? 332
§ VI. De la portion que la coutume de Paris accorde à la douairière dans les biens qu'elle assujettit au douaire. . . *ib.*
§ VII. Sous quelles charges les coutumes accordent-elles le douaire à la femme?. 335
ART. III. Si les immeubles dont le mari est grevé de substitution après sa mort, peuvent être sujets au douaire. . . . 338
ART. IV. De ce qui est uni aux héritages sujets au douaire; de ce qui en reste, et de ce qui y est subrogé. 341
§ I. De ce qui est uni aux héritages sujets au douaire . . . . *ib.*
§ II. De ce qui reste d'un héritage sujet au douaire. 342
§ III. De ce qui est subrogé à une chose sujette au douaire. 343
ART. V. Quand les héritages et autres immeubles sujets au douaire, cessent-ils de l'être; et de l'indemnité qui peut être prétendue par la douairière? . . . *ib.*
ART. VI. En quoi consiste le douaire subsidiaire que certaines coutumes accordent? 353
§ I. En quels cas y a-t-il lieu au douaire subsidiaire? . . . . *ib.*
§ II. Quels biens sont sujets au douaire subsidiaire; et pour quelle portion? . 357
§ III. Du douaire subsidiaire sur les meubles 359
§ IV. Du douaire subsidiaire qu'accordent quelques autres coutumes. . . . 360
SECT. II. En quoi consiste le douaire préfix ou conventionnel? . . . . *ib.*
ART. I. Quelles sont les choses dans lesquelles les parties peuvent faire consister le douaire conventionnel; et quel droit sont-elles censées avoir voulu accorder à la douairière dans lesdites choses, lorsqu'elles ne s'en sont pas expliquées? . . . . *ib.*
ART. II. Si le douaire préfix peut excéder le coutumier? 363
ART. III. Si le douaire conventionnel exclut le douaire coutumier? 368
CHAP. III. Quand et comment se contracte l'obligation du douaire; quand est-il ouvert; et comment la femme en est-elle saisie? 372
ART. I. Quand et comment se contracte l'obligation du douaire? . . . . *ib.*
ART. II. Quand le douaire est-il ouvert . 375
ART. III. Comment la femme est-elle saisie de son douaire? 378

§ I. Des coutumes qui saisissent la femme de plein droit. 378
§ II. Des coutumes qui se sont écartées du principe qui a lieu de droit commun sur le saisissement du douaire. . 380
§ III. Quelle est la disposition de la coutume d'Orléans sur le saisissement du douaire ? 384
§ IV. Par quelle coutume doit-on décider si la femme est saisie de plein droit, ou non, de son douaire? . . . . . . *ib.*
CHAP. IV. Des actions auxquelles donne lieu l'ouverture du douaire. 384
ART. I. De l'action de partage. . . . . . *ib.*
§ I. De la forme du partage qui est à faire entre la douairière et l'héritier du mari. . . . . *ib.*
§ II. Des raisons respectives qu'ont à se faire quelquefois la douairière et l'héritier. 385
§ III. De la garantie qui naît du partage entre la douairière et l'héritier . . . 389
ART. II. De l'action *confessoria servitutis ususfructûs*. 390
ART. III. Des actions auxquelles donne lieu l'ouverture du douaire conventionnel. 391
CHAP. V. Du droit d'usufruit de la douairière sur les héritages et autres immeubles qui y sont sujets. 392
ART. I. Du droit de percevoir les fruits des héritages et autres droits immobiliers sujets au douaire. . . . . *ib.*
§ I. Des fruits naturels 394
§ II. Des fruits civils. 399
§ III. De la jouissance des choses accessoires à celles des héritages sujets au douaire. 402
ART. II. Des obligations de la douairière. 403
§ I. De l'obligation de jouir en bon père de famille. . . . . *ib.*
§ II. De l'obligation de ne pas changer la forme de l'héritage, et de ne le pas convertir à d'autres usages. 405
§ III. De la caution que doit donner la douairière. 408
§ IV. Si la douairière est obligée d'entretenir les beaux faits par son mari des héritages sujets à son douaire. 409
ART. III. Des charges attachées à l'usufruit de la douairière. 411
§ I. De la charge d'acquitter les charges foncières. . . . . *ib.*
§ II. De la charge des réparations qui surviennent pendant l'usufruit. . . 413
ART. IV. A quoi l'usufruit de la douairière oblige-t-il envers elle le propriétaire des héritages qui y sont sujets? . 416
CHAP. VI. Quand finit l'usufruit de la douairière; en quels cas en est-elle privée; et si une femme peut avoir don et douaire. 420
ART. I. Quand finit l'usufruit de la douairière? . . . . *ib.*
ART. II. Pour quelles causes une femme peut-elle être privée de son douaire? . 429
ART. III. Si une femme peut avoir don et douaire en même temps. 432
CHAP. VII. Du droit qu'ont l'héritier du mari, ou ses successeurs à la propriété des héritages sujets au douaire, de rentrer en jouissance desdits héritages après l'extinction de l'usufruit de la douairière; et des obligations respectives des héritiers du mari et de la douairière, auxquelles cette rentrée donne ouverture. 434
§ I. Comment s'exerce le droit qu'ont l'héritier du mari, ou ses successeurs à la propriété des héritages sujets au douaire, de rentrer en la jouissance desdits héritages à la mort de la douairière. . . . . *ib.*
§ II. De l'obligation en laquelle sont l'héritier du mari, ou ses successeurs à la propriété des héritages, de donner le temps à ceux de la douairière d'emporter les meubles qu'ils y ont. . . . 435
§ III. De l'obligation de rembourser les frais faits par la douairière pour faire venir les fruits qui étaient pendants lors de sa mort. 436
§ IV. Des autres obligations du propriétaire, par rapport aux autres impenses que la douairière a faites dans les héritages dont elle jouissait pour son douaire. 438
§ V. De l'obligation des héritiers de la douairière de faire les réparations qui se sont trouvées à faire, à la mort de la douairière, aux héritages dont elle jouissait. 441
§ VI. Des dommages et intérêts dont sont tenus les héritiers de la douairière, soit pour les dégradations par elle faites dans les héritages dont elle jouissait, soit pour ce qu'elle a laissé perdre par sa faute. . . . . *ib.*
§ VII. De l'obligation des héritiers de la douairière, par rapport aux fruits et aux intérêts. 443

SECONDE PARTIE.

DU DOUAIRE DES ENFANTS. 445
CHAP. I. Ce que c'est que le douaire des enfants; en quoi il consiste, et quelle est sa nature? 446
ART. I. Quelle est la nature du douaire des enfants? . . . . *ib.*
ART. II. Quelles choses sont sujettes au douaire coutumier des enfants; et en

quels cas leur est-il dû indemnité, lorsque lesdites choses ont cessé d'exister, ou d'y être sujettes? 448
§ I. Quelles choses sont sujettes au douaire coutumier des enfants? . . . . . *ib.*
§ II. En quels cas les enfants doivent-ils avoir une indemnité pour les choses sujettes au douaire, qui ont cessé d'exister, ou d'y être sujettes? 450
Art. III. Par quelle coutume doit-on décider si la propriété des choses sujettes au douaire coutumier de la femme, appartient aux enfants? . . . . *ib.*
Art. IV. Des charges du douaire coutumier. 452
Art. V. En quoi consiste le douaire préfix ou conventionnel des enfants; et par quelle coutume doit-on décider si les enfants doivent avoir la propriété de ce douaire? 453
§ I. En quoi consiste le douaire préfix ou conventionnel des enfants. . . . . . . *ib*
§ II. Par quelle coutume doit-on décider si le douaire préfix de la femme doit être propre aux enfants? 455
Art. VI. En quoi doit consister le douaire préfix des enfants, lorsqu'on a laissé à la femme le choix de deux choses pour le sien. 457
Chap. II. Quand et comment se contracte l'obligation du douaire des enfants; quand est-il ouvert; et comment en sont-ils saisis? 459
§ I. Quand et comment se contracte l'obligation du douaire des enfants? . . . *ib.*
§ II. Quand le douaire des enfants est-il ouvert? . . . . *ib.*
§ III. Comment les enfants sont-ils saisis de leur douaire? 461
Chap. III. Des actions auxquelles donne lieu le douaire des enfants, lorsqu'il est ouvert. 462
Art. I. Des actions auxquelles donne lieu le douaire coutumier des enfants lorsqu'il est ouvert. . . . . *ib.*
Art. II. Des actions auxquelles donne lieu le douaire conventionnel des enfants. 465
Art. III. De l'hypothèque du douaire. . *ib.*
Chap. IV. A quels enfants le douaire est-il dû, et sous quelles conditions. . . . 466
Sect. I. A quels enfants le douaire est-il dû. . . . . *ib.*
Sect. II. De la condition de renoncer à la succession, pour avoir droit au douaire. 467
Sect. III. De la condition que la coutume impose aux enfants douairiers, d'imputer sur leur douaire tout ce qui leur a été donné par leur père. 469
Art. I. Quelles donations doivent être imputées sur le douaire. 470
Art. II. Comment se fait l'imputation des choses données, sur le douaire. . 474
§ I. Du cas du rapport. . . . . *ib.*
§ II. Du cas de l'imputation. 477
Art. III. De quand le douairier doit-il compter des fruits et des intérêts de ce qui lui a été donné? 481
§ I. Premier cas. . . . . *ib.*
§ II. Deuxième cas. . . . . *ib*
Chap. V. Comment se partage le douaire, et quels enfants y font part. 482
§ I. Entre quels enfants se fait ce partage; et quels sont ceux qui y font part? . . . . *ib.*
§ II. Comment se fait le partage entre les douairiers. 483

DU DROIT D'HABITATION.

Article préliminaire. 485
Sect. I. Du droit d'habitation coutumière. . . . . *ib.*
Art. I. Si la femme peut valablement renoncer, par le contrat de mariage, au droit d'habitation que les coutumes lui défèrent; et quand paraît-elle y avoir renoncé. 486
Art. II. De la variété des coutumes sur la qualité des veuves à qui elles accordent un droit d'habitation. 487
Art. III. De la variété des coutumes sur la chose qui fait l'objet du droit d'habitation. 488
Art. IV. A quoi s'étend le droit d'habitation que les coutumes accordent aux veuves? 489
Art. V. Des charges du droit d'habitation. 492
Art. VI. Des différentes manières par lesquelles s'éteint le droit d'habitation de la veuve. 493
Art. VII. Par quelle coutume doit-on décider si la veuve doit avoir un droit d'habitation? 494
Sect. II. De l'habitation conventionnelle. 495

TRAITÉ DE LA GARDE-NOBLE ET BOURGEOISE

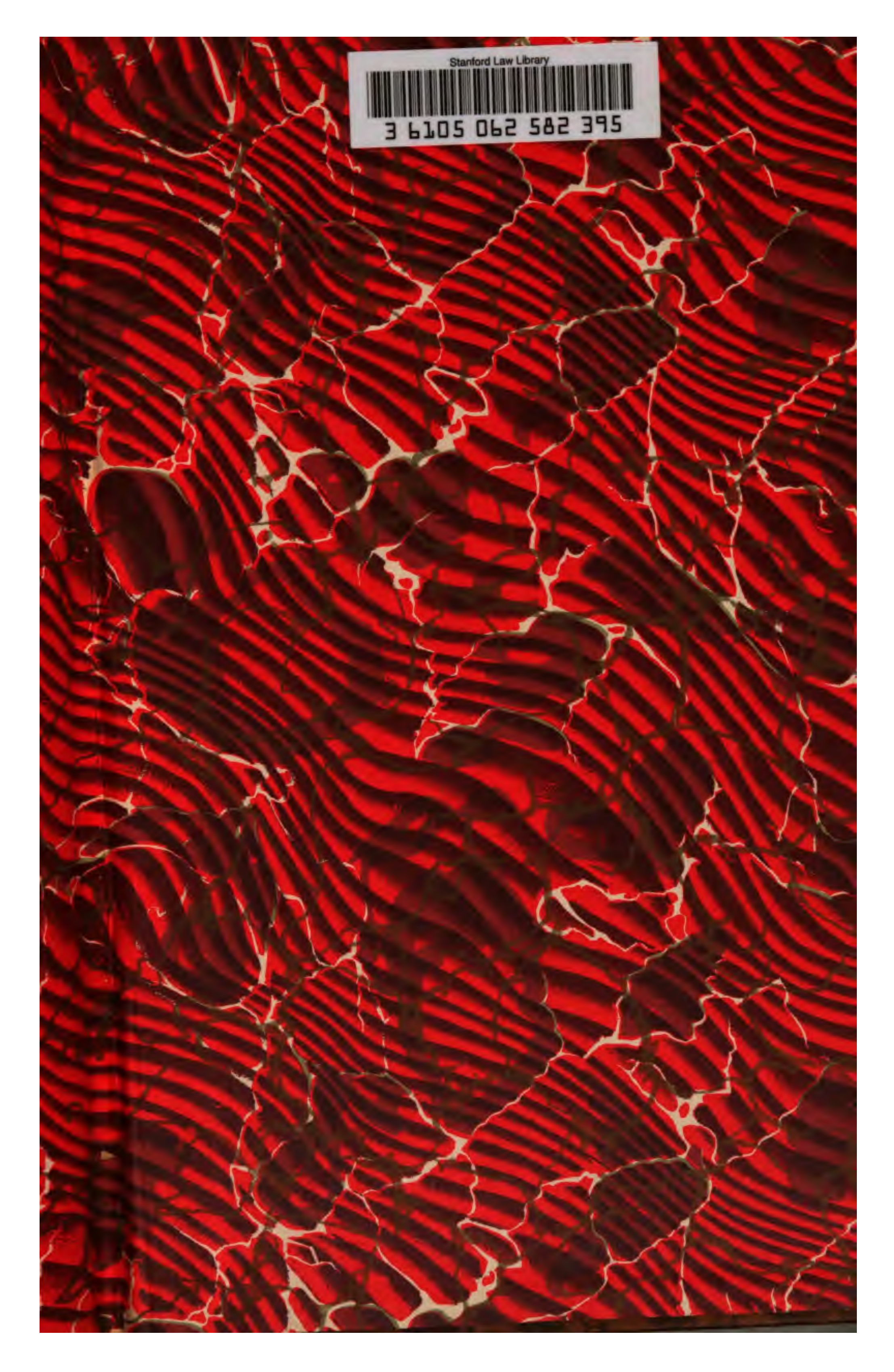
ARTICLE PRÉLIMINAIRE. 499
§ I. Définition de la garde-noble et ses différents noms. . . . . ib.
§ II. De l'origine de la garde-noble. . . 500
§ III. De la garde-bourgeoise. 501
SECT. I. Des personnes qui peuvent avoir et de celles sur qui on peut avoir le droit de garde tant noble que bourgeoise. 502
ART. I. Des personnes qui peuvent avoir et de celles sur qui on peut avoir le droit de garde-noble.. . . . . ib.
§ I. A quelles personnes les coutumes défèrent-elles le droit de garde-noble? ib.
§ II Des qualités que doivent avoir ceux à qui la garde-noble est déférée. . . . 505
§ III. Sur quelles personnes la garde-noble a-t-elle lieu. 506
ART. II. Des personnes auxquelles est déférée la garde-bourgeoise, et des qualités qu'elles doivent avoir. 507
SECT II. Quand et comment la garde-noble se défère; de son acceptation et de sa répudiation. 508
§ I. Quand se défère la garde-noble. . . ib.
§ II. Quand se défère la garde-bourgeoise. 509
§ III. De l'acceptation de la garde, tant noble que bourgeoise. 510
SECT. III. En quoi consiste le droit de garde. 512
ART. I. Des différents droits par rapport aux biens sujets à la garde. 513
§ I. Des biens sujets à la garde, et des différents droits du gardien par rapport à ces biens. 513
§ II. Du droit qu'a le gardien noble de jouir des immeubles de la succession du prédécédé 515
§ III. Du gain des meubles que quelques coutumes attribuent en propriété au gardien noble. 517
ART. II. Des obligations et des charges de la garde-noble. 518
§ I. De l'inventaire. . . . . ib.
§ II De la caution. 520
§ III. Des aliments et de l'éducation des mineurs. 521
§ IV. De l'entretien des biens des mineurs. 522
§ V. De l'acquittement des dettes. . . . ib.
§ VI. Des autres charges que le gardien est tenu d'acquitter. 526
§ VII. Si le gardien noble est tenu des dettes et autres charges *ultrà vires*, et s'il est restituable contre l'acceptation de la garde. 527
SECT. VI. Des manières dont la garde finit. 528
§ I. Quand finit la garde-noble . . . . ib.
§ II. Quand finit la garde-bourgeoise. . 530
SECT. V. Si les dispositions des coutumes touchant la garde-noble sont statuts personnels ou réels. 531

TRAITÉ DU PRÉCIPUT LÉGAL DES NOBLES.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE. 535
ART. I. Quand y a-t-il ouverture au préciput légal des nobles; à quelles personnes les coutumes l'accordent-elles, et en quel cas? . . . . ib.
ART. II. Quelles choses comprend ce préciput. 538
ART. III. Des charges du préciput légal. 540
§ I. Des dispositions des différentes coutumes sur les charges du préciput légal. . . . .
§ II. Des charges du préciput légal, selon la coutume de Paris. . . . . ib.

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES DU SIXIÈME VOLUME.





Stanford Law Library
3 6105 062 582 395






Stanford Law Library
3 6105 062 582 395